Baviera

Storia E Teoria Dalla Separatio Bonorum Nel Diritto Romano

All'amico carissimo A. [illegible]
ricordo dell'amico G. Baviera

GIOVANNI BAVIERA

STORIA E TEORIA
DELLA SEPARATIO BONORUM
NEL DIRITTO ROMANO

ROMA
TIPOGRAFIA POLIGLOTTA
DELLA S. C. DE PROPAGANDA FIDE
1899

A MIA SORELLA

STORIA E TEORIA
DELLA SEPARATIO BONORUM
NEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO

Per la bibliografia si consultino: Arndts, *Pandekten,* (trad. Serafini); Baron, *Pandekten;* Brinz, *Pandekten;* Cuiacius, *Opera omnia,* Neapol.; Dernburg, *Pandekten;* Donellus, *Opera,* vol. V; Euler, *Die Lehre vom benef. separationis bonorum,* 1890 (Inauguraldissert.); Hofmann, *Die Lehre vom b. inv. und. von der sep. bon.,* nella *Zeitschrift* del Grünhut., vol. 8. pag. 554 e segg.; Girard, *Manuel élement. de droit romain* 2. ed.; Koeppen, *Lerhbuch des heut. röm. Erbrechts,* I; Oertmann, *Das bon. sep. im röm. und heut. Recht* nella *Zeitschrift* del Grünhut, vol. 17, pag. 257 e segg. e nei *Iherings Iahrbücher* vol. XXII, pag. 82 e segg. (1895) dove si difende, non vittoriosamente, da una critica di E. Iaeger, *Die Voraussetzungen des Nachlassconcurses,* 1893; Serafini, *Istituzioni di D. R.* vol. II; Wendt, *Pandekten;* Windscheid, *Pandekten;* Pernice, *recensione all' opera di Lewy.* Die Succession d. Erben in die obligationen des Erblassers nach deutschen Recht, 1864, nella *Krit. Wierteljahr.* vol. IX, pag. 67 e segg.; Randa *Erwerb der Erbschaft* 1867.

I.

1. La separatio bonorum è il portato di una lunga evoluzione nel concetto fondamentale che informava il diritto ereditario e delle obbligazioni romano, e solo in rapporto con esso e col sistema della procedura esecutiva può intendersene l'intima natura e la sua funzione. Senza tale legame strettissimo a me pare non possa aversi un'idea netta e precisa di questo istituto: ed anzi in ciò io trovo risolutamente la causa per cui nel diritto moderno si presenta di « torbidi nuvoli involuto » come qualcuno recentemente ha scritto; l'avere cioè studiato la separatio bonorum come istituto a sè stante, senza ricollegarne la funzione che attualmente esso ha con quella che ebbe nell'antico diritto, e senza determinarne quindi con precisione il suo fondamento e la sua origine. Un lavoro d'indagini e di deduzioni, di ricostruzioni storiche e dommatiche d'un istituto giuridico qualsiasi, diretto solo a studiarne l'interno organismo e la sua funzione immediata, se pure giungerà sufficientemente a ritrarre e l'uno e l'altra - ciò di cui dubito assai - rimarrà in ogni caso un'arida esposizione priva di vita. Sarà semplicemente una figura isolata, che si muoverà errante, e di cui non si conoscono nè i rapporti, nè il posto che le compete nel complesso sistema del diritto.

E finora la separatio bonorum si è così studiata. Nessuno, ch'io sappia, si è proposto di animare la squallida e storpiata figura che dalle fonti ne ha tratto: di studiarne i molteplici rapporti che l'avvincono indissolubilmente a tutto quanto il sistema del diritto ereditario obbligatorio e procedurale romano, di fissare esattamente la sua funzione mediata ed immediata, e i bisogni cui rispondeva, e le cause che col volgere dei secoli ne hanno alterata profondamente la figura e la funzione e il suo modo di esplicarsi.

2. Dopo i recenti e geniali studi del Bonfante sull'origine dell'hereditas e sul rapporto in cui stanno con essa i legati [1], può dirsi oramai patrimonio comune, almeno in Italia, il concetto fondamentale che informava il diritto successorio romano: che cioè l'hereditas dovea in origine operare il passaggio del governo familiare della manus o potestas, e solo, come conseguenza ed elemento oggettivo, il trapasso del patrimonio. Heres in sostanza non dovette essere originariamente colui che subentrava al paterfamilias nel possesso dei suoi beni, ma chi ne assumeva la manus e la potestas. L'acquisto in blocco del patrimonio e l'assunzione degli obblighi tutti del defunto era quindi nel diritto primitivo conseguenza immediata dell'acquisto di un potere sovrano sulla familia, e altresì una conseguenza necessaria dell'essere investito di tale potere sovrano.

Trasformatosi il concetto dell'hereditas per ragioni qui fuori posto a ripetere od indagare, tra cui precipua la distruzione dell'organizzazione basata sul vincolo agnatizio, e diventata essenzialmente *patrimoniale*, ne venne di conseguenza che il titolo di erede se fu di per se un purum nomen rispetto alla manus e alla potestas sulla famiglia, fu però la condizione necessaria, *sine qua non*, per conseguire in blocco il patrimonio del defunto, il complesso di tutti i suoi rapporti patrimoniali, ciò che le fonti indicano con la frase « successio in uniuersum ius defuncti ».

Ma tale mutamento nel concetto fondamentale dell'hereditas coll'elevare a scopo precipuo, e quasi unico, ciò che prima era accessorio e contingente, non portò con sè anche la trasformazione di tutti gli antichi caratteri che più s'addicevano alla prisca funzione dell'hereditas: chè anzi parecchi ne rimasero identici, perpetuandosi per legge fatale fino alle epoche posteriori, e, qualcuno, sino ai giorni nostri. L'erede che succede nella bona

[1] Nel *Bollettino dell'Istituto di diritto romano* vol. IV, p. 97-143 e vol. VII, p. 151-201.

o mala fides del defunto riguardo al possesso, che rimane obbligato per lui ultra uires hereditarias, l'istituzione assolutamente necessaria di un erede fatta in principio del testamento con quelle rigorosissime formalità note; la impossibilità d'un institutio heredis ex re certa, l'annullamento di un testamento antico per opera d'un altro posteriore; la regola « nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest », sono tutti caratteri essenziali della prisca hereditas, che perdurarono attraverso i secoli, privi di scopo, vestigia d'uno stato di cose già tramontato. Tra di essi quello che più tenacemente ha resistito è la responsabilità dell'erede ultra uires hereditarias pei debiti del defunto. Principio questo che, radicatosi profondamente con tenacia incredibile, fa parte dell'attuale coscienza giuridica dei popoli ed è sancito dalla grande maggioranza dei codici, meno rare eccezioni, e che dovrebbe certamente sparire come illogico e privo di un razionale fondamento che possa oggi giustificarlo [1].

3. In questo punto del diritto in ispecie si osserva ciò che è comune a tutto quanto lo svolgimento degli istituti giuridici romani: quando essi non si accordavano più coi loro tempi, e lo scopo della loro esistenza era mutato, nessuna legge ne decretava violentemente la morte. Il principio giuridico antico continuava

[1] Giustamente il PERNICE, l. c. pag. 20, l' HOFMANN, l. c. pag. 556 e l'OERTMANN, l. c. p. 258 affermano che tale responsabilità ultra uires hereditarias sia cosa inerente, correlativa, e direi quasi conseguenziale della successio in uniuersum ius. Ma non mi sembra siano nel vero quando sostengono che tale concezione si debba in ispecie al diverso modo di riguardare i debiti o come parti negative dei beni (Bestandtheile) o come oneri di essi (Belastungen). Si confronti in proposito la bella opera del BIRKMEYER *Ueber das Vermögen im juristichen Sinne, Erlangen 1879.* Tale spiegazione non concorda in alcun modo colle fonti. Meglio si è espresso l' ESMEIN, *L' intrasmissibilité première des créances et des dettes* nella Nouvelle Revue historique vol. XI pag. 61, che dichiara tale responsabilità avere un fondamento storico esclusivamente. Ma poi non si ferma a rintracciarlo. Nè ha ragione il GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain,* [2] pag. 868, il quale la fa dipendere *logicamente* dalla confusione dell'attivo dei due patrimoni, nè l'HOFMANN, l. c. pag. 564 e segg. il quale acerbamente critica il PUCHTA, che invece, certo più razionalmente, la fa derivare dal concetto di rappresentanza del defunto da parte dell'erede.

a sussistere: ma una serie di limitazioni e di eccezioni ne veniva a sminuire grado a grado l'efficacia, fino ad annullargliela praticamente del tutto.

Identico processo si riscontra anche qui. Tale responsabilità illimitata dell'erede doveva, io credo, non comprendere in origine il soddisfacimento delle obbligazioni passive del defunto, dato il carattere assolutamente personale di esse, che perivano col debitore [1], e dato il concetto primitivo della obligatio romana [2], ma doveva piuttosto riferirsi al pagamento dei legati stabiliti dal *de cuius*. Quando poi, per un complesso di cause che qui non occorre determinare, la obbligazione comincia a considerarsi come trasmissibile - e forse la deroga al principio della intrasmissibilità fu appunto quella ereditaria - la illimitata responsabilità dell'erede si estese anche ai debiti del defunto derivanti da obbligazioni non perite con lui.

Traccie abbastanza sufficienti e chiare stanno nelle fonti a confermare questa ipotesi. Le tre leggi, la Furia testamentaria (tra il 550 e il 585), la Voconia del 585, e la Falcidia del 714, rappresentano un correttivo diretto a limitar quella in qualche modo. Parrebbe anzi che un « ius abstinendi ab hereditate » esistesse in favore dell'erede, accordato dal Pretore: lo si desume da Gaio, (II. 224-225) il quale nel riferire il contenuto delle tre citate leggi ne adduce anche i motivi che le consigliarono, e che si possono compendiare in uno solo: nel potere, cioè « totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quicquam heredi

[1] Teoria questa messa avanti dall'Esmein, nello suo studio *sur les débiteurs privés de sépulture* nei *Mélanges d'archéol. et d'histoire* ecc. 1885 pag. 221 e segg. e ripetute nei suoi *Mélanges d'histoire du droit* pag. 245 e segg., ripigliata dal Cuq, *Nouv. revue historique* 1886, pag. 553 segg. nel suo studio sul testamentum per aes et per libram e nelle sue *Institutions juridiques de l'ancienne Rome* pag. 694 e segg., e accettata dal Girard, *Manuel* [2] pag. 867.

[2] Si veda in proposito Brinz, *Der Begriff obligatio* nella *Zeitschrift f. das Privat-u. öff. Recht der Gegenw.* I. pag. 11-40, e Pacchioni, *Il concetto di obbligazione*, negli *Scritti giuridici* in onore di F. Schupfer.

relinquere praeterquam inanem nomen heredis », ciò che portava la conseguenza di fare astenere gli eredi dall'eredità - ab hereditate se abstinebant - e per ciò che « plerique intestati moriebantur ». Traccia ancor più chiara si ha nello stesso Gaio (II. 52) a proposito dell'usucapio pro herede lucrativa, concessa quantunque « improba », affinchè vi fossero « qui sacra facerent » e i « creditores haberent a quo suum consequerentur ». Probabilmente l'ius abstinendi di cui parla Gaio (II. 158, 160) non fu che l'estensione di un simile benefizio, prima goduto soltanto dagli eredi volontari ed estranei, a quelli sui et necessarii, e che già pare fosse in pratica ai tempi di Antonio, come sembrerebbe rilevarsi da Cicerone [1].

4. Rimanevano però gli eredi necessarii sprovvisti di difesa alcuna, in una condizione veramente deplorevole. Poichè oltre ad esser sottoposti alla illimitata responsabilità dei debiti del defunto essi incorrevano nell'infamia, le cui conseguenze erano terribili nel caso della uenditio bonorum del patrimonio ereditario fatta sotto il loro nome. Ma tale stato di cose non fu tollerato a lungo dall'equità pretoria: la quale però in principio, più che a limitare direttamente quello stato di soggezione dell'erede necessario verso i creditori del defunto, che non completamente soddisfatti dall'eredità venduta, potevano, appena quello avesse acquistato qualche cosa, in processo di tempo portargliela via, ebbe lo scopo di dare quasi un cambio all'incomodum.patito per l'ignominia dipendente dalla uenditio bonorum, con la concessione di un commodum: commodum che solo in via indiretta limitava quella infinita responsabilità ultra uires hereditarias, e di cui Gaio (II. 155) parla:

« Pro hoc tamen incomodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum uenditionem siue postea, ipsi reseruentur; et quamuis pro

[1] Cic. *Philipp.*, II, 16, 42: « Quamquam hoc maxime admiratus sum mentionem te hereditatem ausum esse facere, cum ipse hereditatem patris non adisses ».

portione bona uenierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non uenient, nisi si quid ex hereditaria causa fuerit adquisitum, uelut si Latinus adquisierit, locupletior factus sit ».

5. In questo commodum concesso al servo è adombrato quell'istituto che costituisce l'oggetto del seguente studio. È quindi in esso che, a mio modo di vedere, debbonsi ricercare le origini della separatio bonorum. La successio in un uniuersum ius defuncti portava tra le altre sue conseguenze la sostituzione *necessaria* della persona dell'erede al posto del defunto, di modo che i creditori di quest'ultimo si trovavano di fronte ad un altro debitore, tale divenuto irrimediabilmente pel fatto stesso dell'aditio hereditatis. La loro condizione poteva però eventualmente venir peggiorata dato il caso che l'erede avesse dei creditori. Passato il patrimonio ereditario in potere di quello, e confondendosi con il proprio in un unico blocco, su di esso le due categorie di creditori, in caso d'insolvenza dell'erede, venivano a concorso. Il concetto poi che non esclusivamente la persona del debitore, materialmente o moralmente, fosse la garanzia del creditore, ma il suo patrimonio, – che per il nostro istituto è d'importanza capitale – si era in questo tempo venuto distinguendo a poco a poco con la legge Poetelia Papiria [1] prima, e con l'altra Iulia di Cesare o forse di Augusto (Gaio, III. 78), affermandosi più netto col commodum abstinendi concesso agli heredes sui et necessarii, per assumere una consistenza maggiore con quello separationis accordato ai necessarii. Ma se ambedue le categorie dei creditori, dell'erede e del defunto, avevano diritto di ritenere il patrimonio così confuso quale garanzia pel soddisfacimento intero dei loro crediti, era evidente che con tale fatto nuovo, conseguenza necessaria dell'aditio hereditatis, i creditori del de cuius vedevano per ciò stesso diminuite tali garanzie,

[1] Sull'età della pubblicazione di questa legge certamente posteriore al 684 e sul suo contenuto si veda PAIS, *Storia di Roma*, pag. 286 e n. 1, e la mia recensione nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche.*

dovendo sottostare al concorso dei creditori dell'erede: e ciò era evidentemente iniquo, tanto che sembrò « aequissimum » accordare la separatio bonorum, diretta appunto a non diminuire quelle medesime garanzie che, se non fosse morto il testatore, i suoi creditori avrebbero conservato intatte.

Che tale nuovo istituto derivi da quel commodum accordato all'heres necessarius non mi par dubbio, considerando come esso dovesse logicamente *seguire* e non precedere tutto quanto lo sviluppo delle limitazioni alla infinita responsabilità dell'erede, esplicantesi nei rimedii anzidetti. Fra questi rimedii ve ne era appunto uno che si avvicinava, pel suo concetto fondamentale, a quello che informò la posteriore separatio bonorum; la limitazione cioè in modo negativo, coll'impedire che sul patrimonio *avvenire* del servo si potessero essi rivolgere, se rimasti insoddisfatti dei loro crediti, ai beni lasciati del defunto o a quella parte dei beni del servo che egli avesse in appresso acquistato « ex hereditaria causa ».

Se ben si osserva, questo commodum non coincide con l'altro concesso ai creditori ereditarii se non per quello che riguarda il concetto teorico di limitazione di soddisfacimento di diritti, poichè lo scopo immediato è ben differente, mirando quello piuttosto a compensare il servo istituito erede cum libertate dell'ignominia e dell'infamia che a lui « ex uenditione bonorum accidit ». Ed è quindi perciò che devesi distinguere tra il commodum separationis di cui parla Gaio nel § citato e l'altro cui si accenna nel fr. 1 § 18, *De separationibus:*

« Ita sciendum est necessarium heredem seruum cum libertate institutum, impetrare posse separationem, scilicet ut si non attigerit bona patroni, in ea causa sit ut ei quidquid postea adquisierit separetur, *sed et si quid ei a testatore debetur* ».

Le ultime parole del frammento in carattere corsivo sono una evidente interpolazione dei compilatori [1] e fondono mirabil-

[1] Su questa interpolazione si veda appresso num. 7.

mente i due commoda: in quanto che in quest'ultimo caso si alluderebbe ad una separazione *effettiva* ed *attuale* di due patrimonii *esistenti* al momento in cui quella si chiedeva, quello del testatore e l'altro del servo, costituito dal soddisfacimento di una obbligazione naturale da parte del padrone, mentre nel primo il patrimonio dello schiavo non esisteva: o se esisteva, nel senso che egli fosse stato proprietario di un peculio, questo serviva *anche esso* a soddisfare le ragioni dei creditori ereditari. E si osservi come le fonti, sia Gaio che le Istituzioni, le quali ripetono le parole di Gaio, non adoperano mai in questo caso la parola « separatio, separari » ma solo quella di « reseruari, reseruentur ». Se si nota poi che allo schiavo non venne mai estesa la facultas abstinendi, e che il suo commodum separationis fu concesso anche a persone che pur necessarii heredes a tutto rigore della parola non erano, e che in astratto quindi avrebbero potuto godere dell'ius abstinendi, paralizzato però per altri motivi (fr. 1 § 6, fr. 12, XXVIII, 6 e fr. 42, 33, XXIX, 2 e fr. 6 § 1, h. t.) e che la funzione ultima del commodum separationis, in quanto si riferiva ai beni acquistati dallo schiavo in futuro, ma indipendentemente dall'eredità, era perfettamente correlativa all'altra del commodum abstinendi - limitare eventuali disastrose conseguenze, sia nell'interesse dell'erede medesimo, sia in quello dei terzi, effetto immediato dell'aditio - come risulta nettamente tra l'altro dal fr. 7 § 5, IV, 4 di Ulpiano [1], oltre che dal fr. 1 § 6, de separationibus - riesce abbastanza difficile respingere la mia ipotesi sul nesso logico ori-

[1] ULPIANUS *lib. XI ad Edictum* fr. 7 § 5, IV, 4: « Sed etsi hereditatem minor adiit minus lucrosam succurritur ei, *ut se possit abstinere*: nam et hic acceptus est. Idem et in bonorum possessione, uel alia successione. Non solum autem filius qui se miscuit paternae hereditati, sed et si aliquis sit ex necessariis minor annis ueluti si seruus sit cum libertate institutus: dicendum enim erit, si se miscuit, posse ei subueniri aetatis beneficio *ut habeat bonorum suorum separationem* » cioè dei suoi beni acquistati indipendentemente dall'eredità. Cfr. GAIUS *lib. XXIII. ad Ed. prov.* fr. 57, XXIX, 2 e ULPIANUS, *lib. LXI ad Ed.* fr. 71 § 1, XXIX, 2. Quest'ultimo frammento è evidentemente rimaneggiato dai com-

ginario dei due istituti quale limitazione nel soddisfacimento di diritti.

Intorno poi all'epoca in cui la separatio bonorum, come istituto distinto e ben delineato, cominciò a funzionare, non è possibile precisare con certezza. Si può però abbastanza sufficientemente fissarlo con approssimazione pensando al tempo in cui l'hypotheca, suo necessario presupposto, ebbe pieno riconoscimento [1], e per il prezioso « sed alio iure utimur » che cita Gaio (II, 151) riportando l'opinione di Sabino apud Fufidium, il quale sosteneva « eximendum eum » (cioè il servo) « esse ignominia, quia non suo uitio sed necessitate iuris bonorum uenditionem peteretur ». L'aliud ius consisterebbe appunto nel commodum di cui ho già parlato. Dunque fino a Fufidio il servo non ne godeva ancora: e cioè fino al primo secolo di Cristo (se questo Fufidio è da identificarsi con quel giureconsulto che nel fr. 5, XXXIV, 2, Africano cita come autore di un libro II°. *quaestionum*, o con l'altro Aufidius Chius che cita Atilicinus F. V. 77, ed è a sua volta nominato da Marziale 5, 61, 10) parrebbe che la separatio bonorum non fosse ancora venuta in uso.

II.

6. Con frase comprensiva può dirsi che erano ammessi a chiedere la separatio bonorum in primo luogo i creditori del defunto. Ulpiano nel fr. 1 § 1 h. t. lo dice chiaramente e senza restrizione alcuna: « Solet autem separatio permitti *creditoribus* ex his causis, utputa debitorem quis Seium habuit, hic decessit, heres

pilatori: dal *sin autem* alla fine io lo credo interpolato: oltre al *sin autem*, caratteristico dei compilatori, vi è il *secundum exemplum* indizio anch'esso sicuro. A prescindere poi dagli elementi sostanziali della decisione.

[1] Cfr. il bel libro dell'Ascoli, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno 1887: Io sposterei ancor più in là della metà del sec. VI il riconoscimento dell'ipoteca in Roma e lo porterei addirittura nella seconda metà del secolo d'Augusto. Cfr. Girard, op. cit., pag. 749 n. 1 e i suoi validissimi argomenti.

ei extitit Titius, hic non est soluendo, patitur bonorum uenditionem: *creditores* Sei dicunt bona Sei sufficere sibi, *creditores* Titii... » ecc. E più giù: « fieri enim potest ut Seius quidam soluendo fuerit potueritque satis *creditoribus* suis.... » ecc. Nè altrove si rinviene alcuna limitazione al concetto di creditori. Di modo che potrebbe qui valere la definizione data dallo stesso Ulpiano nel VI ad Edict. (fr. 10, L, 16): « Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quacumque actione, uel persecutione, uel iure ciuili, siue ulla exceptionis perpetuae remotione, uel honorario uel extraordinario siue pure, siue in diem uel sub conditione. Quod si natura debeatur non sunt loco creditorum [1] ».

Non parrebbe quindi che nell'intendere la parola creditores riguardo alla sep. bon. debba farsi distinzione o restrizione alcuna. Ciò nonostante io sarei inclinato a credere che tal portata generale, che la separatio bonorum ha nel diritto giustinianeo, non sia stata sempre uguale ab initio. Infatti mi pare si possa seguire il graduale sviluppo nell' estensione di quel concetto come a mano a mano si vedrà. Crederei dunque che per qualunque credito nel diritto giustinianeo si potesse chiedere la separatio bonorum, sia esso liquido o illiquido, determinato o no, a termine o sub conditione [2], e anche nascente da obbligazione naturale.

7. A questa infatti esclusivamente alludono le parole « sed et si quid ei a testatore debetur » del fr. 1 § 18 di Ulpiano. Ma tale concetto è estraneo ad Ulpiano e deve ritenersi un' aggiunta dei compilatori. Accennai infatti al diverso carattere che con queste parole si dà al commodum di cui parla Gaio, concesso in origine al servo istituito erede cum libertate: ma, a prescindere

[1] Gaio lib. I. ad Ed. fr. 11, L, 16 vi contraddice: « Creditorum appellatione... accipiuntur omnes quibus ex qualibet causa debetur ». Lo si rileva confrontando il fr. 12, che segue dello stesso Ulpiano (L, 16).

[2] PAPINIANO, *l. XII responsorum:* fr. 4 pr.: « Creditoribus qui ex die uel sub conditione debentur, et propter hoc nondum pecunia petere possunt, aeque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur ».

da ciò che pur è importantissimo, ognuno si accorge come esse rimangono fuori del corso logico delle idee espresse di Ulpiano nel § 18, a cui si attaccano artificiosamente con un avversativo *sed*, e costituiscono una contradizione evidentissima. Infatti egli dice che può « impetrare separationem » il servo *si non attigerit bona patroni:* nel senso che potrà separare « quidquid postea adquisierit ». Ora chi non s'accorge che non si trovi nel caso espresso dalle parole « si non attigerit bona patroni » quel servo che abbia chiesto di separare, non già una cosa sua futura ed eventuale, ma un'altra presente e di proprietà del testatore medesimo, a lui dovuta quale soddisfazione di una naturalis obligatio? Oltre poi alla contradizione in cui tale inciso sta col citato frammento (10, L, 16) di Ulpiano, dove esplicitamente si dice non entrare nel concetto di creditore, il creditore di un' obbligazione naturale: « Quod si natura debeatur non sunt loco creditorum [1] ». Del resto che un tale spiccato riconoscimento della obbligazione naturale tra il servo e il padrone, come l'altra tra il paterfamilias e i suoi sottoposti appartenga al diritto post-classico degli ultimi tempi, e specie giustinianeo, non fa bisogno che io lo dica, collegato come esso è intieramente con lo sviluppo e la funzione del peculium, e che quindi abbastanza difficilmente avrebbe potuto Ulpiano scrivere quelle parole [2].

Non credo quindi giustificabile l'opinione contraria dell'Oertmann (loc. cit. pag. 261) che si uniforma, ripetendola a quella del Dabelow (Concurs der Gläubiger 7, 111, pag. 116) il quale nega la separatio bonorum al creditore di un' obbligazione naturale, nem-

[1] A prescindere poi dall'uso erroneo del presente indicativo invece del congiuntivo, il *debetur* cioè, invece di *debeatur*. Poichè in questo caso la proposizione dipende dallo *scilicet ut* precedente, il quale *giammai* viene costruito con un tempo di modo indicativo da giureconsulti classici.

[2] Si confrontino infatti nel Codice la Costituzione del dicembre 528 (V, 16, 25 in f.) e un rescritto (VI, 61, 6 § 2) di Giustiniano, dai quali risulta nitidamente tale riconoscimento indiretto di simili obbligazioni naturali.

meno in quanto essa si riferisca al diritto moderno [1]. Nè sarebbe io credo valida obbiezione il dire che a questo modo si verrebbe a dare indirettamente efficacia giuridica ad una obbligazione naturale, poichè in simile caso la obbligazione naturale del servo avrebbe la stessa efficacia giuridica datale, ammettendo che possa esser di fondamento ad obbligazioni civili accessorie, quale ad es. il pegno e la fideiussione. Inclinerei piuttosto a credere che solo per alcune determinate categorie di obbligazioni naturali poteva concedersi la separatio bonorum. Il caso del § 18 ne sarebbe un esempio.

8. Posti i principii generali nel § 1 fr. 1, Ulpiano fa una applicazione di essi, determinando quali creditori e in confronto di quali altri sono ammessi ad usufruire del commodum separationis.

Il § 7 fa il caso di una sostituzione pupillare. Il padre muore, il figlio muore anche lui « intra potestatem » e il sostituito che adisce la eredità di quest' ultimo patisce la uenditio bonorum. Si domanda « an patris creditores possint separationem impetrare » s'intende contro i creditori dell' impubere e contro quelli del sostituito. E Ulpiano risponde affermativamente: « Et puto posse ». Aggiunge inoltre che anche i creditori dell'impubere hanno il diritto di chiederla, però soltanto contro quelli del suo erede: « hoc amplius puto etiam impuberis creditores posse separationem aduersus creditores heredes eius impetrare ».

9. Questa decisione viene identicamente applicata alla fattispecie del § 8.

« Secundum haec uideamus si Primus Secundum heredem scripserit, Secundus Tertium, et Tertii bona ueneant, qui creditores possint separationem impetrare ».

La domanda è logica essendovi qui tre categorie di creditori cui compete il commodum separationis; quelli di Primo, di Secondo, di Terzo. Si tratta di decidere della poziorità rispettiva

[1] Dimostrerò tale mia idea nel seguito della monografia, quando tratterò la parte riguardante il dir. civ. moderno.

del loro diritto a separare e della portata da concedersi ad esso. Ed è appunto qui che la funzione della separatio spicca in tutta la sua nitidezza. Ulpiano decide che i creditori di Primo possono chiederla contro tutti gli altri delle due categorie, mentre quelli di Secondo soltanto rispetto ai creditori di Terzo. « Et putem: si quidem Primi creditores petant utique audiendos et aduersus Secundi et aduersus Tertii creditores. Si uero Secundi creditores petant aduersus Tertii utique eos impetrare posse, aduersus Primi autem non posse. In summa Primi quidem creditores aduersus omnes impetrare possunt separationem, Secundi creditores aduersus Primi non possunt, aduersus Tertii possunt ».

10. La poziorità tra più aventi diritto alla separatio riguarda la decisione ulpiana del § 6, fondata sempre sull'applicazione del principio fondamentale che informa l'istituto in esame: limitazione degli effetti dell'aditio hereditatis per ciò che si riferisce alla posizione giuridica del creditore ereditario di fronte a quello dell'erede, o dell'erede necessario di fronte ai creditori del de cuius. Il caso è il seguente. Si vendono i beni di un filiusfamilias proprietario di un peculio castrense, e si chiede « an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque ». Ulpiano decide affermativamente: « Simul ergo admittentur dummodo si qui cum eo contraxerunt antequam militaret fortasse debeant separari. Quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt si bona castrensia distrahantur non possunt uenire cum castrensibus creditoribus » [1].

11. Un caso speciale è dato da Papiniano nel lib. XXVIII *quaestionum* fr. 3 h. t. Ha diritto il creditore a separare il patrimonio del suo debitore da quello del fideiussore, che appunto questo istituì erede? Egli è certo che coll'aditio hereditatis del debitore si estingueva il vincolo obbligatorio nascente della fideiussione per effetto del concorso di esso nella stessa persona dell'obbligato principale, e che per ciò stesso il creditore vedeva

[1] La limitazione di cui in seguito del § nulla ha a che fare col caso in esame.

venir meno una garanzia sufficiente; la separatio bonorum aveva appunto la virtù di impedire ciò, e poichè ai tempi di Papiniano era possibile escutere prima il fideiussore e poi l'obbligato principale [1], così il creditore poteva benissimo ottenere la separatio bonorum contro il debitore-erede.

« Debitor fideiussori heres extitit eiusque bona uenierunt: quamuis obligatio fideiussoris extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur petente eo cui fideiussor fuerat obligatus, siue solus sit hereditarius creditor siue plures. Neque enim ratio iuris quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat ».

Tale caso dovette certamente perdurare nel diritto giustinianeo anche quando l'imperatore goto nella novella 4 sancì che « ueniat primum (sc. creditor) ad eum qui aurum accepit debitumque contraxit et siquidem inde receperit ab aliis abstineat ». Poichè, in simile caso il creditore si trovava di fronte al fideiussore, sotto un certo rispetto, come a chi si dovesse « ex die uel sub conditione » e come tale, secondo si vedrà appresso, poteva benissimo chiedere la separatio bonorum, la quale non sarebbe stata esclusa da una possibile cauzione offerta del debitore-erede. Cfr. fr. 4 pr. h. t. dello stesso Papiniano l. XII *responsorum*.

12. Giuliano nel fr. 3 pr. estende anche ai legatari il diritto di chiedere la separatio bonorum: « Quotiens heredis bona soluenda non sunt non solum creditores testatoris sed etiam eos quibus legatum fuerit impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut quum creditoribus solidum acquisitum fuerit legatariis uel solidum uel portio quaeratur ».

Qui però tale diritto si presenta con fondamento alquanto diverso. Poichè i legatari non sono in sostanza che dei creditori dell'erede, e dall'altro canto solo « dimissis hereditariis » pos-

[1] SEVER. e CARACALLA, C. VIII, 40 [41] pr.; CARAC., C. VIII, 40 [41] 5; DIOCL. e MASSIM., C. VIII, 40 [41] 19, 21, 23.

sono esperirlo. Ma il concetto che il legato « quasi aes alienum exigitur » era stato sancito da Antonino Pio (C. VII, 72, 1) e probabilmente Giuliano non fa che applicare tale concetto, poichè è noto come sotto Adriano e Antonino egli scrisse i suoi Digesti. Ai legatarii però furono in ogni caso preposti i creditori ereditarii, poichè sarebbe stato iniquo farli concorrere con essi sul patrimonio del testatore. La separatio bonorum così concessa non toglieva però loro il diritto di chiedere sul rimanente lasciato da quelli già soddisfatti la cautio legatorum seruandorum causa avanti Giustiniano (Dig. XXXVI, 3), e dopo una tacita ipoteca (Cod. VI, 43, 2; Inst. h. t. 3). Va da sè che essi erano sottoposti alla riduzione della quarta Falcidia, e se distinzione doveva farsi tra le diverse categorie dei legatarii per ciò che toccava il loro soddisfacimento, questa doveva riferirsi sempre e in ogni caso ai rapporti tra di essi legatarii medesimi.

13. I creditori ipotecarii hanno parimente il diritto a chiedere la separazione del patrimonio del defunto. Ciò si desume apertamente, quantunque le fonti non lo dicano in modo esplicito, e a prima vista parrebbe che essi, per ciò stesso che possiedono una garanzia reale del loro credito, non avessero ragione di chiederne un' altra. Ma può darsi benissimo che l'ipoteca non sia sufficiente a garantire il credito, ovvero che trattandosi di una generalis hypotheca coll'aditio hereditatis e la conseguente confusio dei patrimonii non si venisse più a conoscere su quali beni venisse singolarmente a esercitarsi quella, e quale posto occupasse tra le altre simili eventualmente gravanti sul patrimonio dell'erede. Nè del resto ci sarebbe ragione a sostenere il contrario, poichè, negandola, si attribuirebbe un assurdo ai giureconsulti romani. Infatti se il fisco che aveva un privilegio eminente su tutti gli altri e una ipoteca legale sui beni del defunto, viene posposto nel soddisfacimento dei suoi crediti ai creditori chirografarii che chiesero la separazione (§ 4), negandola agli ipotecarii si verrebbe con ciò a menomare la garanzia che questi

hanno di fronte a quelli. Nè il concetto della separatio bonorum di garanzia essa medesima ripugna a quello di un' altra garanzia che alla prima si unisce. Poichè, come si è visto, e pei creditori condizionali o a termine e pei legatari è espressamente riconosciuto accanto al diritto a chiedere la separazione, l'altro di domandare contemporaneamente la « cautio legatorum seruandorum causa » e la « cautio communis ».

14. Parimenti formale testimonianza non si rinviene nelle fonti per ciò che riguarda tutti quei creditori divenuti tali in virtù di una cessione di crediti avuta da creditori personali del defunto. In questo caso è facile intendere che siccome il creditore cessionario subentra nei medesimi diritti e nella medesima posizione del cedente riguardo al modo con cui esercitare i suoi diritti di credito, e siccome a questo competeva la separatio bonorum, così anche a quello spetterà incontestabilmente simile facoltà.

15. Uno spirito di apparente equità e, quasi direi, di simmetria farebbe conoscere il commodum separationis oltre che ai creditori del defunto a quelli dell'erede. E infatti è stato ciò sostenuto da parecchi scrittori e nel diritto moderno financo un codice, l'*Allgmeines Landerecht* (I, 16 § 507-512), lo sancisce. Ma di fronte al diritto romano la discussione di simile idea non è possibile. Ulpiano dopo avere nel primo paragrafo del fr. 1 accennato ai creditori del de cuius, come autorizzati a chiedere la separatio bonorum, soggiunge esplicitamente al § 2:

« Ex contrario autem creditores Titii (l'erede) non impetrabunt separationem: nam licet alicui adiiciendo sibi creditorem, creditores sui facere deteriorem conditionem. At qui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem conditionem adeundo [quia licet mihi separationem impetrare] [1], suos uero creditores onerauit dum adiit hereditatem quae soluendo non est, nec poterunt creditores eius separationem impetrare ».

[1] Credo queste parole un glossema corrispondente all'altro rilevato dal LENEL, Palingenesia II, 795, n. 4: « consequantur quia plures sunt; hic ».

Le ragioni di tale decisione sono racchiuse in quella frase « nam licet.... facere conditionem ». L'ammettere infatti a chiedere il commodum separationis i creditori dell'erede equivarrebbe, in sostanza, a limitare la libera sua attività, e ciò urtava contro il criterio giuridico dei giureconsulti romani. Nè, del resto, la posizione delle due categorie di creditori del defunto e dell'erede è identica, poichè questi ultimi hanno ancora il loro debitore in vita « et propria eius bona et personam quae potest donec uiuit adquirere » (fr. 2 di Paolo in f.). Non bisogna dimenticare infatti che il concetto romano dell'obbligazione, per quanto avesse perduto quell'esclusivo carattere primitivo di rigoroso vincolo personale, pure questo perdurava ancora. Lo si rileva dal § 5 dello stesso Ulpiano:

« Quaesitum est an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum; sibi enim imputent qui cum tali contraxerunt ».

Il frammento prosegue:

« . . . . . nisi si extra ordinem putamus Praetorem aduersus calliditatem eius subuenire qui talem fraudem commentus est: quod non facile admissum est ».

Ma è un'evidente interpolazione dei compilatori. Il *nisi si*, adoperato per restringere e limitare la portata di un principio enunciato in precedenza, è caratteristico: si aggiunga a ciò il parlare in prima persona plurale — ciò che ha riscontro col *subveniemus* del paragrafo seguente anch'esso interpolato — mentre Ulpiano parla in persona prima, e sostanzialmente, poi la decisione medesima, che mal si accorda con quanto è stato detto nella prima parte del frammento. Infatti, posto da Ulpiano il quesito in particolare, dopo la regola del § 2, se almeno nel caso di frode dovesse concedersi ai creditori dell'erede la separatio bonorum, risponde abbastanza esplicitamente con un bel no, non trovando rimedio adatto a tal' uopo, e con un « peggio per loro »

qui cum tali contraxerunt. E sarebbe proprio strano quel modo di ragionare: se fosse stato, infatti, di Ulpiano il concetto, a mio parere interpolato, avrebbe egli senz'altro risposto diversamente e cioè: « potest Praetor aduersus.... quod non facile admissum est » e non già un no, col commento di un rimprovero prima, e un sì, con una restrizione di difficoltà dopo.

Si noti poi che nei Basilici (IX, 7, 37) il « nisi si » manca del tutto mentre il contenuto del frammento è per intero riportato.

Un' obbiezione a quanto io ho detto, in riguardo ai creditori dell'erede, non costituiscono certo le ultime righe del § 6 che segue:

« Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto (sc. separ.) licet ipse non desiderauit ut *quasi separatio quaedam praestetur* ».

Il caso sarebbe di un erede fiduciario il quale non può avvalersi del commodum abstinendi ed è costretto ad adire, come ad es. chi è chiamato a concedere una fideicommissaria libertas e a restituere hereditatem, e poi non c'è a chi restituire tale eredità oberata. L' imperatore Pio accordò si considerasse « atque si adita hereditas non fuisset ». E Ulpiano parla appunto dei creditori « huiusmodi heredis ». Ora in questo caso non c'è da discorrere di vera propria separatio bonorum: il *quasi*, questo celèbre impiastro delle costruzioni giuridiche dei giureconsulti romani, come genialmente lo chiama il Riccobono, basta da sè ad escluderlo in un modo decisivo, se non ci fosse anco il « quaedam » seguente che ne toglie ogni dubbio.

16. L'ultimo paragrafo di questo capitolo è dedicato a sapere se l'erede poteva godere il commodum separationis.

La risposta per ciò che concerne il diritto classico deve essere negativa.

I casi che le fonti presenterebbero in questo periodo sono tre: quelli dei § 6 e 18 già esaminati di Ulpiano e l'altro del fr. 6 § 1 di Giuliano.

L' erede che riconoscendo « suspectam » l' eredità e che non potè in alcun modo astenersi perchè « compulsus adire et restituere hereditatem », e poi non vi fu alcuno a cui potesse consegnare l'eredità, si trovava tenuto ultra uires hereditarias di fronte del defunto. In simile caso nessuno scampo gli si presentò sino ad Antonino Pio, il quale « rescripsit ut perinde testatoris bona uenirent atque si adita hereditas non fuisset » [1]. Ma con ciò non viene a dirsi che Antonino Pio accordò la separatio bonorum, ma una specie di restitutio in integrum mettendo l'erede forzato ad adire nell'identica posizione in cui egli si sarebbe trovato se avesse potuto esperimentare la facultas abstinendi.

Il suddetto § 6 mostra evidentemente delle traccie di una manipolazione da parte dei compilatori. Il Lenel contrassegna con un punto interrogativo le parole « ex quibus causis solet hoc euenire » essendo disposto a considerarlo un glossema. Io le lascerei stare: dichiarerei però interpolato l'inciso seguente:

[1] Ecco il caso e il rescritto di Antonino Pio riportato dallo stesso Ulpiano IV fideicommiss. fr. 11 § 2 XXXVI, 1: «Utrum autem praesenti an etiam absenti restitui possit, procuratore adeunte Praetorem, uidendum est. Ego puto absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem institutum adire et restituere: nec uereri heredem oportere, ne forte in damno moretur; potest enim ei per Praetorem succurri siue cautum ei fiat siue non, et ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hereditas. Est enim huius rei exemplum capere ex rescripto Divi Pii in specie huiusmodi. Antistia decedens Titium heredem instituit et libertatem dedit Albinae directam, eique filiam per fideicommissum reliquit, rogauitque ut filiam manumitteret. Sed et Titium rogauit ut manumissae Albinae filiae restitueret hereditatem. Cum igitur Titius suspectam diceret hereditatem rescriptum est a D. Pio, compellendum eum adire hereditatem: quo adeunte, Albinae competituram libertatem, eique filiam tradendam et ab ea manumittendam, tutoremque filiae manumissae dandum: quo auctore restituatur hereditas filiae statim, quamuis sic fuisset ei rogatus restituere, cum nubilem aetatem complesset. Cum autem possit, inquit, euenire ut ante decedat ea cui fideicommissaria libertas et hereditas relicta est: nec oporteat damno affici eum, qui rogatus adit hereditatem: remedium dedit ut si quid horum contigerit perinde permittatur uenumdari bona Antistiae, ac si heres ei non extitisset. Cum igitur demonstrauerit D. Pius succurri heredi instituto qui compulsus adit: dici potest etiam in ceteris causis exemplum hoc sequendum, sicuti uenerit, restituatur fideicommissaria hereditas ei qui compulit adire et restituere sibi hereditatem ».

« et ipsi quidem desideranti succurri sibi aduersus creditores hereditarios subueniemus. Hoc ». Il concetto di questa parte è perfettamente inutile al discorso di Ulpiano: la forma plurale poi del « subueniemus » che s'incastra in un discorso al singolare – praestandum puto – mi parrebbe un indice sicuro di mano estranea.

Nè l'altro caso del servo istituito erede cum libertate depone contro la mia idea: poichè come ho dimostrato le parole « sed et si quid ei a testatore debetur », che danno al commodum separationis goduto dallo schiavo il vero carattere della separatio bonorum concessa ai creditori ereditarii, sono un'aggiunta dei compilatori, perchè il commodum di cui parla Gaio ha lo scopo immediato e la funzione unica di concedere a tale categoria di necessarii un mezzo correlativo alla potestas abstinendi dei sui et necessarii, da cui quelli erano esclusi: potestas a cui furono parimenti esclusi per un certo tempo i sui et necessarii che si trovassero in causa mancipii, e ai quali dovette concedersi, fin tanto che durò tale esclusione, il commodum separationis del necessarius.

Ci sarebbe soltanto la fattispecie contemplata e risolta da Giuliano nel § 1 del fr. 6:

« Si liberta heres instituta bonorum possessionem secundum tabulas petiisset eius qui soluendo non erat, quaesitum est an bona eius separari ab hereditate debeant? Respondit: non est iniquum succurri patrono ne oneraretur aere alieno quod liberta retinendo bonorum possessionem secundum tabulas contraxerit ».

Ma qui la separatio, concessa in un caso eccezionale, che non infirmerebbe la regola generale, ha una figura diversa. Giuliano in simile caso soccorrerebbe immediatamente il patrono erede della liberta [1] esposto ai creditori del defunto, da cui quella ereditò, preoccupandosi della posizione del patrono il quale verrebbe ad essere iniquamente gravato; lo scopo del « ne oneraretur aere alieno » è l'unico motivo della decisione.

[1] Nei Basilici (IX, 7, 34) la fattispecie è più chiara essendovi l'aggiunzione importante dell'inciso μετὰ τελευτὴν αὐτῆς.

Il caso del § 18 è stato altrove esaminato e mi risparmio di farlo qui nuovamente.

Nel diritto Giustinianeo la risposta al quesito fin qui esaminato, se anche l'erede può chiedere la separatio bonorum, deve però darsi in modo affermativo: due costituzioni identiche per la decisione si trovano nel codice degli imperatori Diocleziano e Massimiano risalenti al 299. Ne cito per brevità una sola:

« Si uxor tua pro triente patrono suo heres extitit nec ab eo quicquam exigere prohibita est, debitum a coheredibus pro besse petere non prohibetur: cum ultra eam portionem, qua successit, actio non confundatur. Sin autem coheredes soluendo non sint separatione postulata nullum ei damnum fieri patiatur ». (Cod. VII, 72, 6).

Parrebbe che codesto diritto fosse stato riconosciuto fin dal 299, epoca delle due costituzioni. Ma chi ben osserva le due costituzioni hanno subìto la mano dei compilatori: il *sin autem* e il *fieri patiatur,* dentro cui io limito l'interpolazione, lo provano in modo non dubbio. Diocleziano e Massimiano non parlarono di separatio bonorum; si limitarono solo a stabilire il principio che il creditore divenuto insieme con altri erede per la terza parte del debitore morto, ha diritto a rivolgersi ai suoi coeredi, perchè soltanto per due terzi del debito venga soddisfatto. Dubbio infatti poteva nascere sull'estinzione totale del credito. Appartiene invece a Giustiniano a seconda l'ipotesi della insolvibilità dei coeredi per cui si concede la separatio bonorum.

Coll'aiuto dell'altra costituzione (Cod. IV, 16, 6) la mano dei compilatori si scorge meglio.

Dopo fatto un caso diverso e sancito il diritto a chiedere il debito dei coeredi si soggiunge:

« ... cum ultra eam portionem qua successit petitio non confundatur; nam aduersus adultam tuam rescindi postulas testamentum, si quidem coheredes eius adeuntes hereditatem se etiam

obligant, et si non soluendo constituti probentur, postulata separatione nullum ei damnum Praeses provinciae fieri patietur ». Dal *si quidem* alla fine io dichiarerei opera dei compilatori il concetto della separazione accordata per insolvenza dai coeredi. E si noti che nella prima delle due costituzioni citate al verbo pati manca il soggetto, omesso, che figura invece nella seconda [1].

La decisione giustinianea è in fondo un' estensione maggiore data al principio a cui s' informa la separatio bonorum, ma non ne costituisce in sostanza alcuna eccezione. Al coerede infatti viene accordata non già nella sua qualità di erede, ma per quel tanto in cui egli non è erede; e il negargli tale facoltà sarebbe un metterlo in una condizione giuridica inferiore a quella dei creditori ereditarii. Non vedrei del resto alcuna ragione sufficiente per escludernelo, ammettendosi rimanere inalterato il suo titolo di creditore per quella parte di credito posto a carico dei suoi coeredi.

III.

17. Quando poteva chiedersi la separatio bonorum?

O meglio tale facoltà concessa ai creditori, intesi questi nel senso che si è visto, era subordinata, perchè potesse esplicarsi, a condizioni speciali, e precipuamente a quella che l'erede fosse insolvibile, o del suo patrimonio fosse stata ordinata la uenditio?

Per alcune categorie di creditori ho già accennato a quelle particolari condizioni essenziali da cui soltanto dipendeva l'esercizio del diritto, come ad esempio i creditori dell'erede, di cui è parola al fr. 1 § 6.

[1] Il modo antitetico di esposizione, il *si quidem*, il *si vero*; l'ablativo assoluto — *separatione postulata* — il *pati*, in questo senso caratteristico, sono indizi gravissimi. Cfr. Eisele, *Zur Diagnostik d. Interp. in den Digesten und im Codex*, nella *Zeitschrift d. Sav. Stift.* vol. 7 pag. 75 e segg. Gradenwitz, *Interp.* pag. 100.

Riguardo all'altra, dalle fonti risulta in modo non dubbio che tale dovette essere il caso più comune e, forse, l'occasione che fece sorgere l'istituto in esame. L'esempio generale da Ulpiano addotto ad esplicazione del principio è abbastanza chiaro: « utputa debitorem quis Seium habuit, hic decessit, heres ei extitit Titius; hic non est soluendo, patitur bonorum uenditionem » [1].

Papiniano (fr. 3 pr.) accordando al creditore la separatio bonorum del fideiussore, che ha istituito per erede il suo debitore principale, dice che « eiusque bona uenierunt ». Giuliano (fr. 6 pr. e § 1) nel caso dei legatarii e del patrono accenna ripetutamente a « quotiens heredis bona soluendo non sunt », a persona « qui soluendo non est ». Ulpiano al § 7 parlando del sostituto pupillare o dei creditori castrensi fa l'ipotesi che « substituto bona ueneant » o che « filiifamilias bona ueneant ». Giustiniano, anche lui, nelle citate costituzioni fa dipendere la separatio bonorum dal fatto che i coeredi « soluendo non sint » [2].

Pare adunque che di fronte a tale concordia mirabile delle fonti non ci debba esser dubbio alcuno nell'ammettere che il commodum separationis presupponesse un'insolvenza dell'erede: insolvenza attuale, se già una uenditio bonorum è stata ordinata, o potenziale, risultante cioè da una quantità enorme di creditori non proporzionata al suo grado di solvibilità. Era quindi solo in questi casi che poteva domandarsi la separatio: e lo prova secondo me in modo non dubbio la legge 2 del Codice VII, 72. L'imperatore Gordiano, infatti, dice che « est iurisdictionis tenor promptissimus indemnitatis remedium Edicto praetoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut quotiens separationem bonorum postulant, *causa cognita* impetrarent ». Dal § 14, fr. 1, di Ulpiano mi parrebbe

[1] Nei Basilici spicca ancor meglio: (IX, 7, 38) facendovisi un'antitesi tra il defunto solvibile e l'erede insolvibile: « Εἰ ἄπορος ὢν κληρονομήσω σου εὐπόρου ὄντος, τοῖς μὲν δανεισταῖς σου ἔξεστιν αἰτεῖν χωρισμόν ».

[2] Nei Basilici (IX, 7, 46) si è anzi aggiunto un καλῶς.

anche confermata la mia idea; « De his autem omnibus an admittenda separatio sit nec ne Praetoris erit vel Praesidis notio, nullius alterius [hoc est eius qui separationem indulturus est] [1].

Il « de his autem omnibus » comprende tutte quante le ipotesi fin qui svolte da Ulpiano nel suo lunghissimo frammento, tra cui anche quella dei primi due paragrafi.

Da questa mia opinione discordano Hofmann (l. c. p. 570), Winscheid (Pandekten 7, III, § 607 nota 3), Arndts (Pandekten § 524, n. 1), Dernburg (Pandekten III, 170). La loro opinione si può riassumere nelle parole di Windsheid: che l'erede - scrive - sia in istato di fallimento non è una condizione del benefizio della separazione. Nè è a richiedersi una prova che l'erede sia sovraccarico di debiti.... Ugualmente non è da ricercare che l'eredità sia oberata di oneri.

Ma l'autorità grandissima che possono ispirare le parole di sì insigne giureconsulto non mi scuotono dalla mia convinzione per ciò che riguarda il diritto romano. Il solo fatto che tutte le ipotesi particolari, tutte, niuna esclusa, parlano del caso « si bona ueneant », o di « *quotiens* quae soluendo non sunt » è già qualche cosa di notevole. Nè gli argomenti dell'Oertmann (l. c. pag. 273-275), che accoglie l'opinione dei citati scrittori, mi sembrano solidi; essi in sostanza si riducono ad uno solo; che sarebbe una *probatio diabolica* nella maggior parte dei casi dimostrare l'insolvibilità potenziale dell'erede da parte dei creditori ereditarii, i quali - riporto le sue parole - trotz des schönen Rechtes, welches sie im beneficium separationis formell besassen, sehr häufig zu kurz kommen müssen indem selbst der leichtsinnig Erbe mit dem Bestandtheilen der Erbschaftsmasse so lange hätte fortwirtschaften dürfen bis seine Passiva die Höhe der Activa insgesammt überstiegen hätten und dies obendrein bewiesen wäre.

[1] Credo queste parole un glossema.

Ma quest' ultimo inconveniente come può invocarsi pensando che fino all' ultimo giorno del quinto anno dall'aditio hereditatis i creditori ereditarii avevano il diritto di chiedere la separatio? In quanto al primo io oppongo la doppia costituzione di Giustiniano: potere il coerede chiedere ai coeredi la separazione del patrimonio del defunto da quello dei coeredi per il rimanente credito non andato confuso « *si coheredes soluendo non sint* » « *si non soluendo constituti probaretur* ». E, d'altro canto, che valore avrebbe il « causa cognita » del pretore presupposto essenziale della separatio? Deve la sua azione esplicarsi *solo* nel vedere se il creditore che la chiede è tra quelli che ne hanno la facoltà senza curarsi del resto? E se l'erede si oppone allegando la sua solvibilità, in caso che non sia stata ancora ordinata la uenditio bonorum, deve il Praeses provinciae, ad esempio, non indagare se essa ci sia, e farsi aiutare dai creditori per mezzo di prove sufficienti che esiste realmente o deve dubitarsene? Nè quell' argomento che l' Oertmann vuol desumere in favore della sua tesi, ragionando per deduzioni, è felice. Anzitutto nè il caso fatto da Ulpiano al § 1, « utpote etc. » nè quello di Papiniano al fr. 3 pr. sono « nür ein concretes Beispiel » o « eine Besonderheit »: poi il volerlo desumere dal § 17 fr. 1, dal § 2 fr. 2 e dal fr. 5, nei quali si discute la questione se, chiesta la separazione, i creditori rimasti insoddisfatti sul patrimonio ereditario possono rivolgersi su quello dell' erede « *idoneus* dimissis propriis creditoribus » è un voler elevare tal caso speciale a regola generale, e un voler presupporre l' idoneitas dell' erede in simile categoria di casi sempre e in ogni modo *preesistente* alla domandata separatio, quasichè un erede oggi insolvibile e oberatissimo di debiti non potesse diventare *mai, dopo* il decreto del Pretore, idoneus; è infine un attribuire alla separatio bonorum la efficacia di annullare, in ultima analisi, il titolo di heres, in base a cui l' erede ha acquistato il diritto di disporre dei beni del defunto testatore.

Nel risolvere simili questioni bisogna lasciar da parte l'influenza che le idee moderne in proposito possono esercitare sull'animo dello scrittore, ed attenersi soltanto all'istituto quale era sorto e si concepiva nel diritto romano *di allora*. E dalla considerazione di esso nella sua origine, nel suo scopo e nel suo complesso sembra che debba venirsi alla mia conclusione - che, fortunatamente, è uguale a quella del Brinz (Pandekten § 157) e di qualche altro, sebbene non esplicitamente formulata. Il commodum separationis è un mezzo diretto unicamente a limitare gli eventuali dannosi effetti che la successione ereditaria può produrre ai terzi interessati ed è diretto, come meglio si vedrà appresso, contro i creditori dell'erede. Ora chi non s'accorge, come seguendo l'opinione combattuta, verrebbesi principalmente a menomare la libertà di un erede, il quale non idoneus, ma idoneissimus poteva ben essere, e ciò forse per una domanda capricciosa di capricciosi creditori? Ma basta considerare il caso da me proposto più su di un erede che si opponesse, dinanzi al magistrato competente, alla separatio allegando la sua « idoneitas »: o di un patrono che la chiedesse, nella fattispecie fatta da Giuliano per ammettere, senz'altro, *logica dictante,* che prove della sua insolvibilità potenziale dovevansi addurre.

18. La facoltà di chiedere la separatio bonorum non era indipendente da ogni limite di tempo. Ulpiano al § 13, fr. 1, dice che scorsi cinque anni dall'adizione non era impossibile chiederla.

« Quod dicitur post multum temporis separationem impetrari non posse ita erit accipiendum ut ultra quinquennium, post aditionem numerandum, separatio non postuletur ».

Dalle parole di Ulpiano parrebbe come tale determinazione di tempo non sia stata fatta ab initio, ma in epoca posteriore: forse in principio era soltanto il magistrato arbitro nel dichiarare decaduto il diritto a chiedere la separatio indipendemente da ogni limite prestabilito.

19. Una limitazione alla facoltà di chiedere la separatio si ha quando il creditore ha posto in essere un atto che manifesti in modo indubitato l'intenzione contraria; quando cioè abbia dimostrato - in modo negativo se si vuole - la sua rinunzia a servirsi della sua facoltà.

Espresso in forma così generale il principio si presta ad essere applicato ad una serie molteplice di casi di cui nelle fonti solo alcuni si trovano accennati, forse i più importanti, e che si possono raggruppare in una sola categoria: quando cioè il creditore ha novato l'obbligazione preesistente con l'erede.

Ulpiano § 10: « Illud sciendum est eos demum creditores posse impetrare separationem qui non nouandi animo ab herede *stipulati* sunt: ceterum si eum hoc animo secuti sunt amiserunt separationis commodum [quippe cum secuti sunt nomen heredis] [1] nec possunt iam ab eo separare qui quodammodo eum elegerunt ».

Il frammento io credo debba essere inteso nel senso che sia stato novato il debito preesistente col defunto; l'inciso « si hoc animo ab herede stipulati sunt » mi pare tagli corto ad ogni obbiezione in contrario. È chiaro infatti che Ulpiano parla di un'altra stipulazione passata direttamente tra l'erede e il creditore del defunto, ed in questo caso è logico che manchi a questo ultimo la base per poter chiedere la separatio bonorum, in quanto che il fondamento di essa - il credito verso il defunto - è stato sostituito da un altro. Il *nouandi animus* infatti, non poteva riferirsi che ad una obbligazione preesistente. Cosicchè, se ad esempio, il creditore ereditario stipula una nuova obbligazione perfettamente distinta e diversa da quella per cui era debitore il defunto, egli ha, io credo, perfettamente integro il diritto di chiedere la separatio bonorum, diretta a garantire esclusivamente il soddisfacimento del credito ereditario minacciato dell' insolvibilità attuale o potenziale dell'erede assediato dai suoi proprii creditori.

[1] Glossema. LENEL, *Palingenesia*, II, 796, n. 1.

Che tale mia interpretazione è l'unica vera sembrami confermato, a prescindere dall'autorità dei Basilici che esclude in proposito ad ogni dubbio [1], dal modo con cui Ulpiano parla del requisito del nouandi animus. Si noti come in questo tempo presso i giureconsulti romani era venuta prevalendo una tendenza di ossequente riguardo alla volontà ricercata nelle singole fattispecie, reagendosi contro il formalismo, in questo punto rigoroso, dell'epoca anteriore, ritrattaci ancora da Gaio 3, 176-9. Il vigoroso senso giuridico di Ulpiano era guida sicura - scrive il Costa a pag. 5 della sua bella nota sull'animus nouandi inserita nel I volume degli scritti in onore di Francesco Schupfer - a determinare l'effetto di ciascuna stipulazione in riguardo alla volontà che apparisse informarla; a far prevalere sempre la natural presunzione di non abbandono di diritti e però a ravvisare una mera stipulazione accessoria laddove tal volontà non apparisse da segni concludenti, benchè liberamente ricercati, intesa a novare un' obbligazione preesistente.

Ora questa tendenza si rileva mirabilmente nel § 10 di Ulpiano, il quale, messa avanti l'ipotesi che il creditore ereditario avesse *stipulato* coll'erede, discute la portata e gli effetti di questa *nuova* stipulazione. Era lecito infatti dubitare che egli avesse novato l'obbligazione preesistente, e quindi rinunciato implicitamente al commodum separationis, avendo in certo qualmodo - quodammodo - scelto un altro debitore. E in questo dubbio Ulpiano consiglia di ricercare l'animus nouandi del creditore per decidere. Aveva egli ricevuto « usuras » dall'erede in seguito di tale nuova stipulazione? E con che animo le aveva prese? « Sed etsi usuras ab eo ea mente, quasi eum eligendo exegerunt idem erit probandum ». E le ipotesi si succedono, conseguenza della prima ipotesi insieme alla ratio decidendi ulpianea: « Item quaeritur si satis acceperunt ab eo an impetrent separa-

[1] IX, 7, 38: Εἰ ἐπερωτήσω τὸν κληρονόμον κατὰ μετάθεσιν, ὃ εχρεώστει μοι ο διαθέμενος ecc. ecc.

tionem? Et non puto, hi enim secuti sunt eum forte quem mouebit. Quid ergo si satis non idoneum acceperunt? Et sibi imputent cur minus idoneos fideiussores accipiebant ».

Che Ulpiano con queste ultime parole si riferisse appunto alla novazione del credito ereditario fatta coll' erede, e che le ipotesi sopra accennate siano ad essa subordinate, mi pare assolutamente fuor di dubbio. Infatti come si spiegherebbe tale accenno ai fideiussores, strano abbastanza in questo momento? Il fideiussore, per la cui insolvibilità il creditore ereditario viene a rimanere insoddisfatto, poteva soltanto essere assunto in garanzia, nel caso che una nuova stipulazione fosse interceduta coll'erede, stipulazione che *novava* appunto il debito preesistente. E se con tale atto il creditore veniva ad esser danneggiato peggio per lui, ma il diritto a chiedere la separazione l'aveva di già perduto.

Le fonti ci presentano altri due casi simili ai precedenti.

« Si quis pignus ab herede acceperit, non est ei concedenda separatio [quasi eum secutum sit] [1]. Neque enim ferendus est qui qualiter qualiter eligentis tamen mente heredis personam secutus est » (Ulpiano § 15).

Ed è logica infatti tale decisione: il pegno in questo caso sarebbe stato dato in garanzia del credito ereditario, ed il creditore nel riceverlo si suppone l'abbia novato, e rinunziato quindi al commodum separationis. « Qui iudicium dictauerunt heredi, separationem quasi hereditarii possunt impetrare qui ex necessitate hoc fecerunt » (Marciano fr. 7). A queste parole di Marciano corrisponde la legge 2 del Codice (VII, 72) di Gordiano.

La fattispecie sarebbe questa: chi intenta un giudizio all'erede per il riconoscimento di un diritto controverso può domandare ciò non ostante la separazione, quando però tale diritto non si riferisca al credito ereditario. Che se ad esso si riferisce allora, soltanto nel caso di necessità assoluta « si ex necessitate hoc

[1] Glossema. Lenel, *Palingenesia*, II, 796, n. 2.

fecerunt » – quando ad esempio si trattasse dell'esistenza stessa del diritto – quantunque abbia intentato un giudizio all'erede, non si suppone abbia implicitamente rinunziato, e può chiedere sempre il commodum separationis.

Dall'esame spassionato delle fonti io mi credo quindi autorizzato a conchiudere che allora si perdeva il diritto a impetrare la separazione, quando il creditore avesse novato il debito preesistente [1]: novazione che in questi tempi – non si dimentichi che è Ulpiano e Marciano che parlano – poteva avvenire in molti modi, tra cui quelli contenuti citati. E a testimoniarlo sta la celebre costituzione del 530 (VIII, 42) di Giustiniano.

« Si quis uel aliam personam adhibuerit uel mutauerit, uel pignus acceperit, uel quantitatem augendam, uel minuendam esse crediderit, uel conditionem seu tempus addiderit, uel detraxerit, uel cautionem minorem acceperit, uel aliquid fecerit *ex quo ueteres iuris creditores introducebant nouationes*, sancimus nihil penitus prioris cautelae innouari ecc. ecc. ».

Sono nè più nè meno che le fattispecie esaminate da Ulpiano e Marciano. Le frasi quindi « personam heredis sequi » « heredem eligere » debbono essere interpetrate in relazione alla nouatio avvenuta, la quale, *logica dictante*, estingueva il diritto alla separazione. Questo non ha fatto alcuno, producendo per conseguenza immediata una confusione enorme, ed errori singolari

[1] Questa interpretazione, che ebbi occasione di esporre nel *Circolo Giuridico* vol. XXIX pag. 119-120 in una recensione al LOSANA, *Separazione del patrimonio* ecc. Torino 1896, estesi anche all'art. 2056 del Cod. civ. italiano. La Direzione della rivista contrassegnandola con una nota (la cui opportunità - trattandosi di una rivista *scientifica* e non *politica* - è, a mio parere, assai problematica) dichiarò che era *personale*, e pigliò atto della mia promessa, fatta nel testo, di svolgerla in apposita monografia. Sciolgo ora in parte tale promessa, augurandomi che la Direzione della rivista voglia convincersi che tale mia opinione *personale* dovrebbe essere la *comune*, per quanto riguarda il *diritto romano*, riserbandomi per ciò che si riferisce al *diritto civile* - rispetto a cui non *era* punto *personale* - nel seguito di questa monografia, di cui vede la luce solo una parte, di completarne quanto prima la dimostrazione promessa.

nel concepire la funzione e lo scopo della separatio bonorum. Ma di ciò appresso, e più ampiamente.

Un altro caso di tacita rinunzia si avrebbe quando solo una parte dei creditori ereditarii ha chiesto la separatio bonorum, gli altri si considerano come non avessero voluto fruire del commodum. Ma anche di ciò meglio appresso.

20. Può succedere che l'erede adisce l'eredità e muore lasciando un successore. In simile evenienza, come si è visto nel caso del § 8, la facultas separandi dei creditori di questo secondo erede è subordinata e limitata all'esercizio della medesima facoltà dei primi creditori, di modo che, da essi esercitata, viene ad estinguere fino a che dura quella degli altri.

21. Una questione importante, specie perchè dalle fonti non si rileva nulla in modo esplicito, è sapere se la sep. bonorum poteva coesistere col beneficium abstinendi, se cioè quando l'erede si fosse astenuto dall'eredità ritenuta « damnosa » i creditori del defunto potessero ugualmente chiedere la separazione.

Non esito pronunziarmi per l'affermativa.

L'abstentio dell'heres non aveva, in sostanza, altro scopo che impedire i dannosi effetti di una eredità oberata di pesi, dichiarando l'erede non responsabile di essi, se non si fosse immischiato nei beni ereditarii, ed esentarlo dall'infamia proveniente dalla loro uenditio, la quale avrebbe colpito piuttosto il defunto (Gaio II, 154, 158). All'istituito così astenutosi rimaneva soltanto il *nudum nomen* di erede. Ora in nessun posto delle fonti mi è stato dato trovare che sul patrimonio così astenuto solo i creditori del defunto potessero concorrere e non anche quelli proprii dell'erede.

In questo caso i primi si sarebbero visti diminuire le garanzie di un completo soddisfacimento, inconveniente al quale certo potevano riparare chiedendo la separatio, di cui scopo unico era appunto di annullare tali conseguenze. Il caso era però praticamente più importante se l'erede astenutosi fosse stato debi-

tore del defunto. In questa evenienza parrebbe che il debito avesse dovuto estinguersi per confusione, nè certamente l'abstentio, sembrami, avrebbe avuto la efficacia di impedirlo.

Ma sarebbe stato iniquo che l'erede avesse voluto godere dell'eredità per ciò che vi era di buono e a lui conveniente, e rifiutarla per il resto: iniquissimo poi che i creditori del defunto venissero spogliati di una parte del patrimonio e precisamente di quella che corrispondeva al debito dell'erede.

Potevano ovviare benissimo a tale danno col commodum separationis. Nè si obbietti che con ciò si rivolgono contro l'erede, mentre quello era accordato solo contro i creditori dell'erede; perchè in simile caso, in tanto si rivolgevano all'istituito, in quanto egli era debitore di una parte del patrimonio del defunto, e solo per realizzare un credito altrimenti perduto.

Del resto nelle fonti c'è tanto che basti a confermare questa mia idea in modo decisivo.

Il fr. 3 di Papiniano esamina e risolve egualmente una questione simile. Di esso mi occupai nel n. 12. Si trattava di sapere se il creditore ereditario poteva invocare la separazione dei bona del defunto, suo fideiussore, contro il suo debitore principale istituito da quello erede. Il motivo di dubitarne era precisamente il medesimo: l'estinzione di un vincolo precedente pel fatto della successione ereditaria. E Papiniano, rispondendo che era lecito chiedere il commodum separationis, motiva il suo parere in modo che può benissimo applicarsi, in parte, al caso da me proposto: « quamuis obligatio fideiussoris *extincta sit* nihilominus separatio impetrabitur petente eo cui fideiussor fuerat obligatus... neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet afficere creditorem qui sibi diligenter prospexerat ».

22. Un' altra questione deve essere esaminata solo possibile nel diritto giustinianeo: il beneficium inuentarii esclude la separatio bonorum?

Ed anche qui deve rispondersi negativamente, quantunque le fonti nulla ci dicano in modo esplicito, ed è dato inferirlo solo dall'esame dell'istituto del beneficium inuentarii amorosamente introdotto dall'imperatore Giustiniano, che con soddisfazione caratteristica lo presenta, compiacendosene. Il concetto che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia dei creditori si era venuto mano mano affermando netto con Adriano, il quale accordò la *restitutio in integrum* ad un maggiore di 25 anni, che, adita l'eredità credendola attiva, si era accorto che in realtà non lo era [1], assumendo poi una figura autonoma con la costituzione di Gordiano che tale privilegio estese a tutta una categoria di persone, i militari, i quali non rispondevano dei debiti se non per l'ammontare dell'asse ereditario. Tale è il concetto fondamentale che incarna la nuova istituzione giustinianea; che cioè le pretese dei creditori ereditarii si limitassero ai singoli oggetti componenti l'eredità del defunto « ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos deuolutae ualeant » (Cod. IV, 30, 22, § 4) sostanze che dovevano, con stabilite modalità, inventariarsi (exordium capiat inuentarium super his rebus quas defunctus mortis tempore habebat).

Posto ciò è evidente come il beneficium inuentarii non costituiva che un vantaggio solo per gli eredi e non pei creditori del defunto, i quali potevano sempre veder concorrere sul patrimonio inventariato i creditori dell'erede o l'erede medesimo in quanto, essendo debitore del defunto, veniva ad estinguersi tale suo debito, diminuendosi quindi l'attivo dell'asse ereditario di una parte a questo corrispondente. Colla separatio bonorum invece tali pericoli erano scansati del tutto: i creditori dell'erede erano posposti, e posposto anche lo stesso erede, in quanto era debitore del defunto.

[1] « Cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emergisset ».

Un' ultima considerazione in favore della mia tesi è questa che Giustiniano in quella sua ultima costituzione « quae omnes casus continet » (§ 15), se tale intenzione avesse avuto di escludere la coesistenza dei due *commoda,* l'avrebbe esplicitamente detto [1].

23. Per chiudere questo capitolo resta a discutere ancora un altro punto riguardante la portata obbiettiva della separatio bonorum. Su quali beni poteva essa esercitarsi? Naturalmente sul patrimonio lasciato dal defunto. Siccome però esso pel fatto dell'aditio dell'erede poteva subire delle variazioni nella sua entità, sia accrescendosi sia diminuendo, fino a sparire del tutto per alienazione, così la questione si restringe a sapere quale influenza tali modificazioni esercitavano sul diritto dei creditori. La prima ipotesi è semplice: si comprende nel patrimonio ereditario tutto ciò che l'erede *ex hereditate* abbia acquistato. Paolo (fr. 5) è esplicito:

« Sed si postea impetratam separationem aliquid heres acquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id quod acquisitum est illis qui separationem impetrarunt ».

L'altra ipotesi, più complicata, ci è esposta nella sua forma più generale da Ulpiano al § 12:

« Praeterea sciendum est posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt non posse impetrari separationem; confusis enim bonis et unitis separatio impetrare non poterit ».

Ma dal modo di esprimersi di Ulpiano si rileva come egli alluda a quella confusione intima che rende materialmente impossibile la distinzione delle cose ereditarie dalle altre che tali non sono. La domanda che egli stesso si fa immediatamente dopo, nello stesso paragrafo, sta a confermare tale concetto.

« Quid ergo - aggiunge in modo esplicativo al principio generale - si praedia extant uel mancipia uel pecora uel aliud

[1] Così pure WINDSCHEID, *Pandekten* III § 607, 3; KOEPPEN *Erbrecht* I. pag. 219: SEUFFERT, *Pandekten,* § 573, n. 4; BRINZ, *Pandekten,* § 158; MUEHLENBRUCH, in *Glük's Commentar.* vol. 41, pag. 378.

quod separari potest? Hic utique poterit impetrare separatio: nec ferendus est qui causatur bona contributa quum praedia contribui non possunt, nisi ita coniunctae possessiones et permixtae propriis ut impossibilem separationem effecerint; quod quidem perraro contingere potest ».

Con questi principii io credo si possa giungere più in là, ed affermare che la separazione può chiedersi anche quando le singole cose ereditarie non possono distinguersi individualmente, come nel caso dei praedia o delle pecore, quando cioè ci sia stata una commixtio. In questo caso la separatio bonorum avrebbe potuto, io credo, domandarsi per la parte e per la quantità nota di cose fungibili lasciate dal defunto. Supposto ad esempio che nel patrimonio di quest'ultimo ci sia stata una quantità di grano, vino, olio, e che l'erede abbia mescolato col proprio olio, vino, grano, a me sembrerebbe che i creditori, conoscendo l'esatta quantità di materia lasciata dal defunto, possano benissimo invocarne la separatio, esperendo le varie azioni all'uopo necessarie, dirette a separare materialmente le cose commiste o stabilire la quantità della materia delle cose commiste da esser dichiarata ereditaria. La restrizione apportata da Ulpiano al principio generale « confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit » ne indica esattamente la sua portata e la sua funzione in tutti quei casi cui vi è impossibilità materiale assoluta di distinzione; e l'esempio delle pecore è decisivo in proposito; poichè qui Ulpiano intende appunto parlare di separazione del numero delle pecore appartenenti al defunto, dalle altre appartenenti all'erede, e non già delle singole pecore, individualmente prese, di quello.

Va da sè che se l'impossibilità di separare una parte di patrimonio è reale, il commodum impetrato ha valore per il restante separabile.

Può darsi il caso che l'erede dopo un lasso di tempo abbia venduto l'eredità in parte o in tutto. Papiniano (fr. 2) è esplicito a questo riguardo:

« Ab herede uendita hereditate separatio frustra desiderabitur utique si nulla fraudis incurrit suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conseruari solent ».

Naturalmente si esclude l'ipotesi che l'erede sia in mala fede. Siamo allora in tema di atti compiuti in frode dei creditori, che appartengono ad altro campo, e contro cui può esperirsi l'azione Pauliana.

Accenno qui, riservandomi di discorrerne in altro luogo, come l'ultima proposizione di Papiniano parrebbe in certo modo contradetta dal § 3 fr. 1, di Ulpiano, il quale dice che il creditore che ha chiesto la separazione ha un diritto poziore di colui che esercita un diritto reale di pegno su una cosa ereditaria *obbligatagli* dall'erede; e ciò secondo un rescritto d'Antonino e Severo. La contraddizione potrebbe eliminarsi pensando come Ulpiano non dichiara nullo ciò che l'erede ha fatto in buona fede, ma pur ratificandolo, siccome la cosa esiste, e si tratta di due diritti, ambedue uguali, di garanzia, stabilisce poziore l'ius separationis. Non è detto poi che i creditori, i quali tale diritto ipotecario esercitano, non possano essere anche ereditarii, che ad es. novando il loro credito preesistente coll'erede ne ricevettero come garanzia un oggetto ereditario; in simile caso sono « cum creditoribus heredis numerandi » (§ 16); di guisa che gli altri creditori che abbiano impetrata la separazione si trovino in una posizione privilegiata di fronte a loro. Tale mia spiegazione acquista maggior valore se si pensi come il pignus in causa iudicati captum fu introdotto appunto da Antonino Pio, il quale disciplinandolo, potè stabilire che esso, in ogni caso, era inferiore all'ius separationis.

IV.

21. Determinare gli effetti della separatio bonorum è il punto più saliente di questa monografia, poichè l'attribuire a quella un'efficacia maggiore o minore altera profondamente il

concetto che di questo istituto deve aversi, tanto più che esso – si noti – non rimase sempre uguale nel diritto classico e nel giustinianeo per ciò che riguardava la sua portata e le sue conseguenze.

Accennai brevemente come la separatio bonorum ripetesse il suo logico fondamento nel concetto di limitare le eventuali disastrose conseguenze della successione ereditaria, in quanto che era diretta ad annullarne i dannosi effetti di fronte ai terzi interessati. Tale scopo si ricava netto dallo studio delle fonti fin qui esaminate, e non può menomamente revocarsi in dubbio. Per l'erede essa non venne dall'equità pretoria escogitata, ma pei creditori del defunto, i quali per il fatto stesso della morte del loro autore venivano a vedersi menomate, in parte o in tutto, le garanzie dei crediti esistenti verso quest'ultimo. Lo dimostra, quand'anche delle fonti non volesse tenersi conto, il considerare che giammai all'erede essa venne concessa, poichè nel solo specialissimo caso del § 6 del fr. 1, non si rinviene propriamente la figura giuridica della separatio, ma piuttosto del commodum abstinendi, nè ai creditori personali dell'erede, se non nel corrispondente specialissimo caso, in cui Ulpiano medesimo espressamente dice trattarsi di una *quasi quaedam separatio*.

Posto ciò essa non implicava annullamento del principio generale della illimitata responsabilità dell'erede, con tutte le conseguenze necessarie ed immediate che ne scaturivano, nè di una parte di esso: era diretta esclusivamente a paralizzarne alcuni effetti dannosi per una categoria di persone – i creditori personali del defunto – effetti che provenivano dall'opera di terzi, e a cui l'erede rimaneva, in questa sua qualità, perfettamente estraneo.

Agli occhi quindi dei separatisti l'erede era sempre tale. Succeduto al posto del suo autore per ineluttabile fatto naturale e giuridico, che essi erano obbligati a riconoscere senz'altro,

si premunivano dalle dannose conseguenze immediate, necessarie, di tale successione, impedendo che coloro, dal cui esclusivo atto positivo derivavano, potessero in qualche guisa menomare, attenuandone la sicurezza, i loro diritti di credito preesistenti.

E queste persone non erano certo l'erede o gli eredi, come tali che nulla avevano fatto nè positivamente nè negativamente – si pensi all'heres suus et necessarius – per nuocer loro, ma i creditori personali di questi eredi, che minacciavano con il loro concorso il possibile soddisfacimento dei crediti verso il defunto. Non poteva quindi rivolgersi contro quelli l'azione riparatrice della separatio bonorum. L'erede rimaneva perciò perfettamente estraneo ad essa, risentendone soltanto in modo indiretto le conseguenze, che si esplicavano limitando la sua libera disponibilità del patrimonio acquistato in forza del titolo di erede.

Date queste premesse fondate sull'esame spregiudicato delle fonti è facile inferirne le conclusioni.

Restato intatto il principio della illimitata responsabilità per debiti ereditarii, i creditori separatisti, i quali erano rimasti insoddisfatti, conservavano il diritto di rivolgersi sui beni proprii dell'erede, che tale responsabilità sconfinata non aveva pensato a restringere con i vari mezzi posti a sua disposizione, per ottenere su questi, dopo i creditori personali di quello, il pieno soddisfacimento.

A questa conclusione la *quasi* unanimità degli scrittori di diritto romano si oppone, poggiandosi sulle notizie che in proposito ci danno in modo esplicitamente e nello stesso tempo diametralmente contrario le fonti, o meglio quei due o tre frammenti che la questione trattano e risolvono, poichè dal loro complesso e dal loro studio, fatto in relazione alla storia del diritto romano e coll'aiuto dei mezzi potentissimi che l'esegesi sana ed accurata dispone, la conclusione pel diritto classico non può essere che quella. Nel diritto giustinianeo invece è l'altra del

tutto differente. Ma già il concetto della separatio bonorum era venuto mutandosi, cangiando l'istituto fisonomia e funzione.

Le ragioni su cui si fondano gli autori che sostengono non potere il creditore personale del defunto rivolgersi sui beni dell'erede dopo aver chiesta la separatio, possono riassumersi in una sola: il concepire la separatio diretta a disconoscere l'erede per debitore e a contentarsi invece del patrimonio del defunto quale suo diretto debitore [1].

Tale loro concetto trova certamente un addentellato nel § 17 fr. 1 di Ulpiano e nel fr. 5 di Paolo.

Scrive il primo:

« Item sciendum est uulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere suum debitum, creditores uero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est, quod, qui impetrauit separationem sibi debet imputare suam facilitatem, si, quum essent bona idonea heredis illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent ut etiam bona heredis substituantur non sunt audiendi; separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separauit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti impetrare ueniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ».

Scrive Paolo:

« Quod si proprii ad solidum peruenerunt id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant, mihi autem id non uidetur: quum enim separationem petierunt recesserunt a persona heredis, et bona secuti sunt, et quasi defuncti bona uendiderunt quae augmenta non possunt recipere ».

[1] Hofmann, l. c. pag. 574: « Wer separatio bonorum nachsuchte erkläre offen sein Misstrauen gegen den Erben — der directe Gegensatz zum Crediiren! Es erkläre den Erben nicht zu seinem Schuldner haben zu wollen, sondern sich an den Nachlass seines Schulners zu halten ». Identicamente l'Oertmann che cita queste parole dell'Hofmann.

E poggiandosi su tali dichiarazioni, da Donello (V, 168) a Arndts (Pandekten § 524 n. 3) a Dernburg (Pandekten III § 170) a Köppen (Erbrecht I, 229 n. 7) a Hofmann (l. c. p. 574) a Oertmann (l. c. pag. 316 e segg.) a Serafini (Istituzioni[6] II pag. 329), si affermò che l'opinione opposta sostenuta nella quaestio papinianea del fr. 3 [1] non rimase che nel campo della teoria, in quanto che quella di Ulpiano e Paolo trionfarono nella pratica.

Non starò qui a ripetere le conciliazioni tentate di questi frammenti inconciliabili. Dico solo che la riportata opinione dei citati scrittori è da respingersi, per ciò che riguarda il diritto classico: se essa trova apparente appoggio nel fr. 1 § 17 e nel fr. 5 è contradetta formalmente dal fr. 3 § 2 e *implicitamente* da tutto il complesso dell' istituto in esame.

Infatti, a prescindere per ora da ogni altra considerazione generale sulla possibilità sostenuta da tanti egregi autori di respingere l' erede quale loro diretto debitore - ciò che è un vero assurdo - che la separàtio bonorum non portasse a simili conseguenze si desume in modo decisivo da ciò, che i creditori del defunto, i quali la chiedevano come garanzia, contro quelli personali dell'erede, conservavano integro il diritto di premunire i loro crediti con altre garanzie, esclusivamente rivolte contro l'erede, essendo la separatio del tutto inadatta a questo scopo.

Papiniano parla chiaro nel fr. 4.

« Creditoribus qui ex die uel sub conditione debentur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aeque separatio dabitur, *quoniam et ipsis cautione communi consuletur* ».

§ 1 « Legatarios autem in ea tantum parte quae de bonis seruari potuit, *habere pignoris causam conuenit* ».

[1] « Sed in quolibet alio creditore qui separationem impetrauit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate seruari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. Quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis ».

Ora la *cautio communis*, di cui nel principium del frammento, accordata ai creditori condizionali e a termine, e il *pignus* concesso ai legatarii, che a quelli venivano assimilati, costituiscono appunto una garanzia diretta esclusivamente contro l'erede, mentre la separatio si esplicava di fronte ai creditori di lui.

Se realmente quest'ultima avesse avuto l'effetto di limitare le pretese ai beni ereditarii e, come conseguenza necessaria la rinunzia dell'erede quale debitore, e non avesse invece costituito un diritto di priorità nel soddisfacimento delle proprie ragioni di fronte ai creditori personali dell'erede, sarebbe strano e incomprensibile come, *inoltre*, venisse accordata agli aventi causa del defunto la facoltà di chiedere un'altra garanzia pei loro crediti ex die uel sub conditione o ex legato, garanzia che, come si è visto, consisteva appunto in una *cautio* o in un *pignus* che l'erede era obbligato a prestare agli uni e agli altri.

La recessio a persona heredis poi per il solo fatto dell'aver chiesto la separatio è un assurdo logico e giuridico.

Logico in quanto che la separazione presuppone essenzialmente, *sine qua non*, il riconoscimento di un erede, il quale, in virtù di questo suo titolo, diventa lui il debitore al posto del defunto e come tale, confondendosi il proprio patrimonio con l'altro del testatore, su di esso viene anche ad estendersi la garanzia spettante ai suoi creditori personali, prima solo a quello limitata. Ed è per impedire tale estensione che s' invoca dai creditori ereditarii il commodum separationis, il quale non può quindi assolutamente scompagnarsi dal riconoscimento per debitore dell'erede.

È assurdo giuridico, poichè sarebbe impossibile il sostenere che il legatario, ad esempio, il quale chiese la separatio recessit a persona heredis, quando appunto dell'erede comincia il suo diritto di credito, per il quale ottenne da lui un pignus in garanzia. Ed ugualmente come potrà affermarsi che i creditori con-

dizionali *separatisti* recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt, quando precisamente dall'erede richiesero la cautio communis a garanzia dei loro diritti?

L'opinione poi che la separatio consista nel sequi bona defuncti e in una limitazione ad essi delle proprie ragioni da parte dei creditori ereditarii, a prescindere che non può appartenere al diritto classico, come appresso dimostrerò, poggia inoltre sul concetto che della stessa separatio, *materialmente* intesa, si son fatti la maggioranza, per non dire la unanimità, degli scrittori, e sulla fantastica concezione del patrimonio concepito come un tutto ideale, come un oggetto unico [1].

Per essi una vera e reale separatio avveniva dei due patrimonii, che venivano così, in modo positivo, ad esser distinti e venduti separatamente.

Ma quest'idea è perfettamente erronea del tutto, nè dalle fonti ottiene alcun conforto benchè minimo. E per accertarsene non basta che un rapido sguardo.

Già Ulpiano al § 1 fr. 1 parla di « *quasi* duorum fieri bonorum uenditionem ». E appunto quel *quasi* - il celebre empiastro, come dice giustamente il Riccobono delle costruzioni giuridiche dei giureconsulti romani - che fa il paio con il « *quasi* defuncti bona vendiderunt » del fr. 5 di Paolo, esclude [2] da per se stesso che realmente due erano le uenditiones bonorum, e due magistri bonorum e due leges uenditionis si avessero. Morto il testatore e adita l'eredità - nel caso di heres extraneus - i patrimoni si erano già confusi e diventati uno solo. Se l'erede falliva, questo si vendeva in blocco, ma non poteva in alcun modo scindersi in due: i creditori tutti vi concorrevano: però la separatio produceva un diritto di priorità nel soddisfacimento delle

[1] Si veda la critica di cotesta falsa idea di patrimonio nell'art. di BONFANTE, *Bollettino dell'Ist. di dr. rom.* VII pag. 175 e segg.

[2] Si noti che presso i giureconsulti romani il *quasi* sostituiva il *tamquam*, specie in Ulpiano che l'adopera *sempre*. Cfr. KALB, *Roms Juristen*, pag. 14 e seg.

proprie ragioni in favore dei creditori ereditarii di fronte a quelli personali dell'erede, diritto che figurava nella lex uenditionis e che affettava particolarmente i beni del defunto, nè più nè meno come se su questi beni ci fosse stata una ipoteca generale. Poichè sarebbe grossolano errore il sostenere che la separatio producesse una rescissio dell'aditio – nel caso di heres extraneus – o annullamento delle qualità di heres e del conseguente titolo, se il chiamato fosse un necessarius.

E che una tale doppia uenditio non ci fosse, e che in sostanza la separatio non era una reale ed effettiva separazione di patrimonii, può desumersi positivamente dalle fonti stesse.

Infatti queste ci danno alcuni casi dove tale separazione nel senso materiale non potrebbesi concepire mancando i *due* patrimoni da scindere. Si guardi ad es. il § 9 dove è esposto il caso della uenditio dei *bona* di un *filiusfamilias* e della separatio accordata ai creditori castrensi contro quelli che « cum eo contraxerunt antequam militaret ». Dove sono qui i *due* patrimoni, escludendo il resto del § in modo assoluto che si possa alludere a quello del padre? Similmente per ciò che riguarda i legatarii. Se essi chiedevano la separatio a norma del fr. 6 pr. per esser pagati dopo i creditori del defunto, che parimenti l'avevano ottenuto, quali erano qui i due patrimonii da dividere se, eventualmente, qualche cosa « de bonis seruari potuit »?

Nè a tale idea si oppone il § 12 del fr. 1 di Ulpiano dove si parla del caso in cui la confusione è così intima da non potersi discernere i beni ereditarii, ciò che produce la perdita della facoltà di chiedere il commodum separationis, e che tale caso può solo spiegarsi con il pensare ad una reale distinzione di due bona. Poichè è facile comprendere, come anche per far conoscere e valere tale diritto di poziorità dei creditori ereditarii ed annunziarsi dal magister bonorum nella lex uenditionis, era necessario che i singoli oggetti dell'eredità su cui gravava si indicassero singolarmente: e ciò non implicava certamente una separatio

materiale. Si tenga sempre presente il QUASI *quaedam separatio* del § 6 concessa ai creditori dell'erede in quel caso specialissimo, accennato altrove, dove *realmente* ed *effettivamente* una separazione materiale avveniva, e i beni del defunto si vendevano sotto nome dell'erede, considerandosi per uno speciale rescritto di Antonino Pio che *hereditas adita non fuisset*. Ciò mi sembra decisivo per la mia tesi.

25. Il fatto è, in verità, che la separatio nel diritto classico non consisteva in una divisione materiale del patrimonio del defunto da quello dell'erede, ma nell'attribuire il diritto ai creditori ereditarii di esser soddisfatti *prima* di quelli dell'erede: una *specie* di ipoteca generale sui singoli beni componenti l'eredità, *ut separatim* quantumcumque *creditoribus praestetur*. Tale diritto di poziorità, il cui carattere determinerò in seguito, figurava nella lex uenditionis.

Da tutto ciò sembrami indiscutibile che nel diritto classico questa fosse la funzione della separatio bonorum, e che essa per nulla modificava i rapporti tra i creditori del defunto e l'erede, come tale, il quale ultimo restava - se non astenutosi - responsabile ultra uires hereditarias.

Questo principio generale ed assoluto, più che dal § 2 del fr. 3 di Papiniano, che lo formula in maniera speciale, e dopo una fattispecie a cui si adatta per necessità logica, può desumersi dallo stesso fr. 5 di Paolo, il quale lo nega recisamente.

In confronto alle fonti però, e cioè alle opinioni di Paolo e Ulpiano, questa mia costruzione sembrerebbe contradetta. Ma realmente non lo è, se si pensa che il § 17 relativo di Ulpiano è, per intero, opera dei compilatori, e si riferisce al diritto giustinianeo.

26. La funzione che così assumerebbe la separatio bonorum, come diretta a un disconoscimento dell'erede per debitore e una limitazione ai beni lasciati dal defunto, concepiti come unità ideale, come cioè un oggetto unico, e conservato come unico de-

bitore delle proprie ragioni da parte dei creditori ereditarii, è perfettamente estranea al diritto romano in genere, e al diritto classico in ispecie, ai cui principii ripugnava nel modo più assoluto.

Infatti ciò significa ignorare che fin dal tempo degli ultimi imperatori la uenditio bonorum come procedura esecutiva non esisteva più, sostituita dall'altra della distractio bonorum, colla quale era incompatibile l'idea che un intero patrimonio come unità ideale fosse il debitore, e negare che la separatio potesse praticamente funzionare con le speciali procedure extra ordinem del pignus in causa iudicati captum e dell'altra manu militari. Poichè non devesi mai perder di vista che la concessione della separatio da parte del magistrato implicava sempre e in ogni caso riconoscimento del diritto di credito.

Nel diritto classico poi quella concezione della separatio era impossibile. Il concetto che l'obbligazione costituisca un rapporto diretto tra il creditore e la persona dell'obbligato, in quanto questo dispone di un patrimonio, è recentissimo; come pure concetto esclusivamente giustinianeo è l'altro della limitazione ai bona hereditaria della responsabilità dell'erede pei debiti del defunto. L'in tantum teneri quantum ualere bona hereditaria contingit è l'anima della costituzione giustinianea del 531, con cui l'imperatore goto introdusse il beneficium inuentarii, estendendo il privilegio, accordato da Gordiano solo ai militari, a tutti indistintamente. È a questo concetto apparso « humanus », cui Giustiniano dedica le parole più amorevoli e la cura più intensa, che s'informa esattamente l'opinione fatta esprimere dai compilatori ad Ulpiano e, forse, la strana motivazione da essi apposta al parere di Paolo. La separatio bonorum che prima era stata accordata per impedire che i creditori ereditarii vedessero diminuite le probabilità del soddisfacimento dei loro crediti verso il defunto, per la concorrenza dei creditori dell'erede diviene a un tratto, e contemporaneamente, un modo di limitare le loro

pretese all'eredità separata, e si converte, da beneficio, in pregiudizio di chi l'ha chiesta. Ora tale trasformazione non poteva compiersi in un' epoca in cui il beneficium abstinendi era in tutto il suo vigore, e Modestino, il discepolo di Ulpiano, scriveva nel libro 8° dei suoi responsi che « nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad seueritatem » (Dig. I, 3, fr. 6), e Teodosio sanciva solennemente nel 439 che « quod favore quorumdam constitutum est quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inuentum uideri » (Cod. I, 14, 6).

Tale trasformazione presuppone, quasi direi, come condizione *sine qua non* il concetto sancito da Giustiniano con la introduzione del beneficium inuentarii, con cui veniva a darsi un colpo mortale e definitivo alla responsabilità ultra uires hereditarias. Perchè, chi ben l'osserva, la sep. bon. così immaginata non è altro che un beneficium inuentarii alla rovescia. Non bisogna infatti dimenticare come siamo in un tempo in cui vigeva la cessio bonorum ex lege Iulia (Gaio III, 78) la quale non liberava per nulla il debitore che avesse consegnato tutti i suoi beni ai creditori dalla ulteriore responsabilità nel caso di incompleta soddisfazione di quest' ultimi sul patrimonio ceduto.

E, a prescinderne dal contenuto, che il § 17 appartenga ai compilatori, lo conferma la dizione scorretta di chi appartiene ad un' epoca in cui il classico sapore di una latinità pura ed elegante era sparito.

Vi si incontra infatti al principio la frase pomposa di « item sciendum est uulgo placere » che tende appunto a sostituirsi ad una altra, dando alla prima l'autorità di un consentimento universale: segue a breve distanza di poche righe un soggetto di numero singolare - qui impetrauit separationem - a cui nello stesso periodo se ne sostituisce immediatamente uno di numero plurale - illi maluerint bona potius defuncti sibi separari -; si aggiunga

infine il verbo separari adoperato al passivo con un sibi, costruzione questa che non mi fu dato incontrare *mai* nelle fonti.

Un' altra prova della mano dei compilatori in questo paragrafo io trovo in quel caso di restitutio in integrum concessa a chi temerariamente chiese la separatio: in simile ipotesi poteva « ueniam impetrare, iustissima [1] scilicet ignorantiae causa allegata ». Era questo un correttivo ad una disposizione che di punto in bianco veniva a cambiare il diritto in proposito, introdotto da Triboniano e socii di lavoro, come lo dimostra tra l'altro la forma pomposa del dettato istesso di un sapore linguistico tutto bizantino.

In quanto a Paolo, considero la sua un'opinione personale che egli oppone ai « quidam putant » i quali sostenevano il contrario, e che i compilatori furono felici di trovare e chiamare in appoggio alla propria. Notevole è poi la motivazione che Paolo darebbe di questa sua opinione per la originalità: nega egli infatti, il poter rivolgersi i creditori ereditarii sui beni dell'erede per ottenere il completo soddisfacimento, perchè essi recesserunt a persona heredis, et bona secuti sunt *et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta non possunt recipere.*

Che i bona defuncti augmenta non possunt recipere non mi pare sia vero: lo contraddice Gaio (II, 155) il quale, nell'accordare allo schiavo instituito heres cum libertate, la separatio dei suoi beni che aveva acquistato indipendentemente dall'eredità, dopo o anche prima della *venditio,* aggiunge; « et quamuis pro portione bona uenierint, iterum et ex hereditaria causa bona eius (sc. servi) non uenient nisi si quid eum ex hereditaria causa fuerit adquisitum, uelut si Latinus adquisierit, locupletior factus sit ».

Lo contraddice poi lo stesso Paolo il quale nello stesso fr. 5, poche righe più su, scrive:

[1] Caratteristica proprietà dello stile dei compilatori è come dice l' Eisele « nicht einfach Beweise, sondern manifestae, liquidae, apertissimae probationes, und dgl. » *Zeitschrift d. S. S.* vol. 7 pag. 28.

« Sed si postea impetratam separationem aliquid heres acquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id quod acquisitum est illis qui separationem impetrauerunt ».

Ora come sostenere che i bona defuncti in questi casi non « receperunt augmenta? »

Con ciò io vengo a respingere l'opinione del Costa che, nel volume 2° del suo Papiniano, pag. 192, spiega la contraddizione dei testi citati attribuendo l'intero § 2 del fr. 3 di Papiniano ai compilatori, i quali intesero estendere a qualsivoglia creditore, che non si trovasse in duplice rapporto obbligatorio attivo verso il defunto e verso l'erede, la decisione papinianea del pr. e del § 1 dove simile caso si esamina.

Secondo l'egregio professore dell'Ateneo bolognese la cosa sarebbe stata perfettamente l'opposto di quanto io ho dimostrato. Egli però, sembrami, non abbia sufficientemente badato al modo punto generale e reciso con cui Papiniano si esprime al § 2 — probari commodius est — forma che *giammai* avrebbero adoperato i compilatori, specie in presenza di quei testi di Ulpiano e Paolo, così decisi e recisi, che da essi vennero collocati nello stesso titolo, a distanza di poche righe l'uno dall'altro. Sarebbe questa poi un'interpolazione di cui non si concepirebbe lo scopo: poichè, espressa in quella maniera la generalizzazione di quel principio, il prof. Costa me lo concederà, i compilatori non potevano certo ottenere che il giudice si attenesse all'opinione loro, esposta in modo, per dir così, concessivo, piuttosto che a quella decisa e recisa di Ulpiano e Paolo; a prescindere poi che nessun elemento formale offre il § 2 per sospettarlo interpolato, e che tale mutamento dei compilatori sarebbe in contraddizione con tutto quanto lo spirito e la tendenza della nuova legislazione giustinianea in proposito, spirito e tendenza che si concretano in maniera mirabile nel beneficium inuentarii.

Accettando invece la mia spiegazione, ogni stridente autonomia scompare: l'opinione attribuita ad Ulpiano è frutto della

tendenza del tempo: quella di Paolo una « privatmeinung » che i compilatori portarono, o forse introdotta di sana pianta, a rinforzo della propria: il § 2 di Papiniano viene lasciato, perchè forse non avrebbe costituito un impaccio nella pratica, data la sua formulazione « probari commodius est ».

Che nel diritto classico la pensassero parecchi come Papiniano è messo fuor di dubbio dal « quidam putant » dello stesso Paolo: e forse Ulpiano era dello stesso parere dell' infelice suo maestro. Data poi la gelosia di Paolo verso Ulpiano, e il fatto che appunto perciò non lo cita mai, tranne una volta, e la considerazione che Paolo, per la coscienza del suo valore, non si sarebbe messo di certo a combattere un modo di pensare isolato di un mediocre ed oscuro giureconsulto, lo lascia fondatamente supporre.

A conchiudere questo paragrafo debbo accennare che il sommo Windscheid (Pandekten III, § 607, n. 10) il Wendt (Pandekten § 376 nota 5) e l'Eck (Vorlesungen über das romischen Erbrecht § 68) sanciscono e confortano col peso della loro autorità la mia opinione; con questa notevole differenza, che essi ammettono anche nel diritto giustinianeo il parere di Papiniano, come quello particolarmente vigente: ciò che, date le fonti, non sembrami potersi sostenere. Tutto il resto degli scrittori poi sostiene invece il contrario anche per il diritto classico: ma a torto [1].

27. La separatio bonorum non giova se non a chi l'ha chiesta espressamente. Cosicchè se alcuni creditori ereditarii non si sono affrettati a farlo, essi non possono invocarne poi i benefici effetti.

Il § 16 fr. 1 di Ulpiano è esplicito:

[1] Curioso è un argomento estrinseco dell' OERTMANN l. c. p. 318 il quale, nel discutere l'opinione papinianea vorrebbe toglierle ogni valore pratico, pigliando tra l'altro in prestito l'idea fondamentale della famosa legge delle citazioni, poichè dice che infine « nach römischen Grundsätzen die Ansichten von Ulpian und Paulus zusammen mehr gelten ».

« Quaesitum est si forte sint plures creditores quidam secuti sunt heredem, quidam non secuti, et hi qui secuti heredèm non sunt impetrauerint separationem, an eos secum admittant qui secuti sunt. Et putem nihil eis prodesse: hos enim cum creditoribus heredis numerandos ».

Questo frammento si riferisce solo al caso dei §§ 10 e 15, e cioè che i creditori ereditarii hanno novato il credito preesistente in uno dei tanti modi prescritti ed esaminati. Così debbonsi intendere le parole « secuti sunt heredem », ogni altro significato di scelta dell' erede quale debitore essendo del tutto erroneo, poichè tale scelta i creditori ereditarii non avevano, nè potevano logicamente e giuridicamente avere. Ma l'interpetrazione si estende pure al caso di quei tali, che, pur potendo chiedere la separatio, lasciavano scorrere il tempo senza farlo.

28. Dubbio sorge quando solo una parte dei creditori chiede al pretore la detta garanzia, e che, quando questa è stata accordata, l'altra parte, entro il quinquennio, e prima ancora che la uenditio bonorum sia incominciata, si fa a chiederla anch' essa. In questo caso non si può dubitare che anche a quest' ultimi spetti il diritto, essendo insostenibile l'affermazione vi sia stata tacita rinunzia da parte di quei creditori che nulla dissero e fecero quando gli altri la invocarono. Nè credo poi che questi ultimi, perchè più tardi nel garantire i loro interessi, non possano concorrere con gli altri pel soddisfacimento dei loro crediti, non essendovi tra i due diritti nascenti dalle concesse separationes una poziorità, di guisa che, solo quando i primi separatisti erano stati pagati, i secondi potevano rivolgersi sui beni rimasti. Decisione questa che s' informa al fr. 32 (LII, 5) di Paolo *liber sing. reg.*: « Privilegia non ex tempore existimantur sed ex causa; et si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diuersitates temporis in his fuerint ».

29. Ho già detto al n. 12 quali fossero gli effetti della separatio di fronte ai legatarii, che venivano soddisfatti dimissis

creditoribus hereditariis. Tra di loro però più complicati erano le conseguenze se l'avevano anch' essi chiesta: poichè è il genere del legato che decideva la poziorità del soddisfacimento. Se ad es. fu legato a Tizio il fondo Corneliano e a Caio mille assi, ed entrambi invocarono il commodum separationis, e dalla uenditio bonorum soltanto un pezzo del fondo Corneliano è rimasto, crederei questo dovesse esclusivamente attribuirsi a Tizio, salvo restando sempre all' erede il diritto alla quarta falcidia.

30. In ogni caso i legatari non avranno la priorità nel soddisfacimento dei loro legati, se invocarono la separatio bonorum, sui creditori ereditarii che in modo qualunque vi rinunziarono.

31. Il privilegio del fisco o dei municipes resta inferiore a quello che la separatio attribuisce ai creditori ereditarii. Lo dice Ulpiano espressamente al § 4 fr. 1:

« Sed etiam aduersus fiscum et municipes impetratur separatio ».

32. Il modo con cui ottenere la separatio bonorum è laconicamente accennato nelle fonti. Ulpiano infatti dice nel fr. 1 pr. che « separationem solet impetrari decreto Praetoris » e al § 14 accenna ai magistrati a ciò competenti: « de his autem omnibus an admittenda separatio sit nec non, Praetoris erit uel Praesidis notio, nullius alterius ». Le parole seguenti « hoc est eius qui separationem indulturus est » sono da ritenersi un' aggiunta dei compilatori o un glossema. Da questo breve paragrafo risulta quindi che solo quei due magistrati muniti dell' imperium fossero i competenti a decidere in materia. Nessuna notizia si ha sulla scelta del luogo dove svolgersi la procedura; dovevasi adire il Praeses del domicilio dell' erede o potevano i creditori presentarsi direttamente al proprio o a quello entro la cui giurisdizione territoriale trovavansi i beni del defunto?

Il rispondere a questa domanda con assoluta certezza è impossibile.

È lecito però pensare con molto fondamento [1] che anche qui fosse da ritenersi applicata la regola « actor sequitur forum rei » e che in simile materia si facesse eccezione anche alla regola del « forum rei sitae » quand'essa, s'intende, ebbe ad essere accettata in pratica in questioni reali nel diritto post-classico.

Dal complesso delle fonti è chiaro che tale concessione del Pretore veniva accordata dopo un vero giudizio, in cui le parti interessate, l'erede in prima linea, facessero sentire le loro ragioni in contrario alla chiesta separatio. La legge 2 (Cod. VII, 72) di Gordiano accenna chiaramente ad una *causa cognita*. Certamente non si dovette, specie negli ultimi tempi, esigere molte e scrupolose prove della insolvibilità dell'erede, ma senza dubbio è da credersi che non tutte le domande di sep. bon. venissero accolte senz'altro ut sic (Cfr. il n. 17 di questa memoria). Può desumersi dal modo con cui Giuliano parla nel fr. 6 della separatio bonorum concessa al patrono della liberta che avesse domandato la bonorum possessio secundum tabulas *eius qui solvendo non erat,* dell'estensione di tale beneficio ai creditori sub die uel conditione di cui Papiniano al fr. 4 pr., dai rescritti di Diocleziano e Massimiano colle interpolazioni giustinianee, dove il non essere solvibile è la ratio decidendi, e, in generale, da *tutte* le ipotesi fatte nelle fonti di casi in cui il commodum invocato può concedersi.

Ottenuta così decreto Pretoris la separatio, essa praticamente si faceva valere nel modo seguente.

I creditori si presentavano nel tempo in cui vigeva soltanto la bonorum uenditio – nel periodo cioè antegiustinianeo – al magister bonorum e nella lex uenditionis che egli compilava, facevano classificare il loro privilegio riflettente tutti o una parte dei beni ereditarii. Il pagamento essi lo ricevevano dal bonorum emptor colle note modalità. Quando poi la procedura esecutiva

[1] Cfr. Gaius, *l. XXIII ad Ed. Prov.* fr. 1, XLII, 5 e Paulus, *l. XIV ad Ed.*, fr. 2, XLII, 5.

della distractio bonorum prese il sopravvento, i creditori esperivano il loro diritto presso il curator bonorum il quale vendendo parte degli oggetti ereditarii, pagava secondo l'ordine prestabilito i vari creditori ereditarii.

Con ciò si comprende benissimo il funzionamento pratico della separatio bonorum la quale poteva anche esplicarsi mediante quei mezzi esecutivi extra ordinem, di cui più sopra ho parlato.

Il soddisfacimento dei creditori e dei legatarii estingueva ogni loro diritto; e se beni erano rimasti, soltanto allora i suoi creditori personali potevano servirsene subentrando a quelli, in modo privilegiato soddisfatti.

CONCLUSIONE

33. Da tutto quanto ho detto fin qui può conchiudersi che nelle sue linee fondamentali, la separatio bonorum, tanto nel diritto classico che nel giustinianeo ha lo scopo unico [1] di annullare le conseguenze disastrose che in determinati casi la successione ereditaria produce ai terzi interessati. Essa costituisce un ius singulare di fronte all' ius commune, un diritto anomalo che sta contro la rigorosa ratio iuris ed è fondato invece sull' *utilitas* e la *necessitas*, e che sancisce per una data categoria di cose, di persone o di negozii giuridici alcune regole speciali diverse da quelle stabilite dai principii generali del diritto che tale categorie di cose, persone o negozii giuridici governano: in altre parole essa si esplica mediante un *privilegium* goduto dai creditori del defunto e che consiste nell'anteporre il loro diritto al soddisfacimento dei crediti ereditarii sui singoli beni che costituivano la successione, a quello dei terzi che su di esso, per virtù

[1] Il solo ed unico specialissimo caso del § 6 fr. 1 di Ulpiano e l'altro fr. 3 § 4, IV, 4 non costituiscono deroga od eccezione alcuna a questo scopo fondamentale dell' istituto: si tratta di circostanze eccezionali a cui corrisponde eccezionale provvedimento. In simili casi poi il diritto a godere della separatio si fonda su disposizioni di rescritti imperiali.

esclusiva dell'avvenuta successione, potrebbero rivolgersi; privilegio simile perfettamente - riguardo allo scopo però - a quello che hanno ad es. i soldati nei testamenti, le persone escusate dalla tutela, il fisco e i municipes, i legatarii, i pupilli, le mogli per le obbligazioni dotali.

Di fronte poi alla classificazione generale dei privilegi fatta da Modestino [1] non è dubbio che il nostro appartenga ai *privilegia causae,* e più specialmente debba collocarsi accanto ai *privilegia inter personales actiones*.

L'essenza quindi della separatio bonorum è lo stabilire un diritto di priorità tra due categorie di creditori, e che si esplica principalmente ed unicamente sul patrimonio del defunto, sui singoli diritti patrimoniali cioè, che lo componevano, su cui avrebbero diritto a concorrere confusamente e i creditori dell'erede e quelli del testatore, coll'impedire appunto tale concorso nel soddisfacimento delle rispettive ragioni: « ut *separatim* - dice Ulpiano fr. 1 § 1 - quantumcumque creditoribus praestetur ».

Tale carattere di privilegio spicca nettissimo in ispecie dai §§ 7, 8, 9 del fr. 1 di Ulpiano, nei quali sono più categorie di creditori a cui spetta partitamente il commodum separationis e nei quali si stabilisce la loro poziorità gli uni rispetto agli altri.

Nel § 7 i creditori che possono impetrare la separatio « aduersus creditores heredis », in questo caso il sostituito pupillarmente, sono più: quelli del padre e quelli del pupillo, e tra essi diritto poziore spetta ai primi in confronto ai secondi.

Nel § 8 si hanno più categorie di creditori di persone diverse succedutesi l'un dopo l'altro, e si riconosce in tutti il diritto alla separatio, determinando la portata di esso di fronte ai creditori dei varii eredi, o, in altri termini, stabilendo una gerarchia tra i varii diritti da quello risultanti.

[1] MODESTINUS, *l. VII differentiarum* fr. 196, L, 17: « Privilegia quaedam causae sunt quaedam personae: et ideo quaedam ad heredem transmittuntur quae causae sunt: quae personae sunt ad heredem non transeunt ».

Nel § 9 si decide egualmente una questione di poziorità tra più creditori « castrensi e non castrensi » di un figlio di famiglia di cui si vendono i bona.

Che si vuol di più per convincersi che di un vero e proprio privilegio trattavasi avendone tutti i caratteri essenziali?

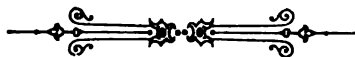
E un ultimo argomento qui adduco, per quanto esso abbia un valore limitato per le conseguenze che se ne possono trarre. L'intestazione dell'intero titolo « De separationibus » nell'Alexandrina e nella Vulgata è precisamente quello « De priuilegiis creditorum ».

Nel diritto giustinianeo l'introduzione, senza limitazione di persona, del beneficium inuentarii, alla cui idea, oltre che la disposizione di Adriano cui l'attribuisce in special modo l'imperatore goto, concorsero altri concetti speciali sulla maniera di considerare l'obbligazione in rapporto al patrimonio del debitore, doveva portare, come infatti portò, uno spostamento nell'idea fondamentale della separatio.

Il concetto di una restrizione della anteriore illimitata responsabilità intra uires hereditarias, anima del beneficium inuentarii, fu esteso anche alla separatio; il tratto d'unione tra questi due istituti fu trovato nella limitazione, negativa in questa ultima, positiva in quello, delle pretese dei creditori dell'erede. La distinzione materiale [1] dei singoli beni ereditarii, ottenuta coll'inventario, si estese anche – sebbene parzialmente – alla separatio. Lo schiavo erede otteneva di separare di fatto una parte del patrimonio del suo padrone, dovutagli come soddisfacimento di obbligazione naturale precedente, dal resto devoluto ai creditori [2]. E con ciò si concepisce la correlativa proibizione al creditore del defunto di rivolgersi all'erede se, dopo la separatio,

[1] Distinzione materiale però, che non portava per immediata conseguenza logica e giuridica l'uscita dei beni inventariati del dominio dell'erede.

[2] Si veda il n. 7 e la dimostrazione che l'*et ei si quid a testatore debetur* è un'aggiunta dei compilatori.

non poteva del tutto soddisfare le sue ragioni: la separatio aveva già assunto il concetto giustinianeo dell'in tantum teneri quantum ualere bona ereditaria contigit, e su di questo modellatosi aveva già per ciò stesso cambiata fisonomia riuscendo un beneficium inuentarii alla rovescia. Ed è quindi solo in questo significato, ed è in quest'ultimo tempo che può accettarsi solo, in parte, l'idea dell'Hofmann (l. c. pag. 505) che crede i due istituti « zwei Seiten eines und desselben Rechtsinstitutes welches ein Product des Entnationalisirungs-Processes des römischen Rechtes ist »[1], poichè il dire che questo « Process mit dem prätorischem Edicte begonnen hat » è un confondere le due figure nette e distinte dell'istituto esaminato: la separatio classica e la separatio bonorum giustinianea.

[1] La causa è piuttosto un'altra e non questa. Si vedano i nn. 2-5. Del resto, anche a non volere accettare quella, plausibilissima, che ne dà il Bonfante, l'invocare che fa qui l'Hofmann l'entnationalisirung è un fuor di posto. Gli elementi estranei che dovevano produrre tale *snazionalizzamento* del diritto romano dovrebbero logicamente ricercarsi solo nel diritto greco: ma in questo manca ogni traccia di benef. inuentarii e di sep. bon. Cfr. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne,* III pag. 637.

DELLO STESSO AUTORE

Il diritto internazionale dei romani, pag. IV-158. Modena 1898 (Estratto dall' *Archivio Giuridico Filippo Serafini*).

I feziali e il diritto feziale, pag. VI-67. Milano 1898.

Le due scuole dei giureconsulti romani, pag. XVI-141. Firenze 1898.

Nota alla dottrina della res mancipi, nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche.* 1899.

IN PREPARAZIONE

Teoria della separatio bonorum nel diritto romano e moderno.

βιβλία τέσσαρα iulianus ad urseium ferocem.